

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano IV – Número 8 – jan./jun. de 2013



Belo Horizonte
2013

AMAGIS JURÍDICA

DIRETORIA TRIÊNIO 2013-2015

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Juíza Luzia Divina de Paula Peixoto
Vice-Presidente Administrativa

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos
Vice-presidente Financeiro

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-Presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Vice-Presidente dos Aposentados e Pensionistas

Juíza Ivone Campos Guillarducci Cerqueira
Vice-Presidente do Interior

Desembargador Tiago Pinto
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juiz Morvan Rabêlo de Rezende
Diretor-Secretário

Juíza Maria das Graças Rocha Santos
Diretora-Subsecretária

Juíza Aldina Soares de Lima
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Diretoras de Comunicação Social

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora do Centro de Estudos da Magistratura

Juiz Luiz Guilherme Marques
Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes

Desembargadora Mariângela Meyer Pires Faleiro

Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Juiz José Aluísio Neves da Silva
Presidente

José Roberto Sterse
Vice-presidente

Antônio Carlos Parreira
Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Tiago Pinto

Juiz Lailson Braga Baeta Neves

Desembargador Nelson Missias de Morais

Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Desembargador Marcio Aristeu Monteiro de Barros

Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Carlos Donizetti Ferreira da Silva

Conselho Editorial da Revista

Desembargadora Jane Ribeiro Silva - *Diretora da Revista*

Juiz Gilson Soares Lemes - *Diretor da Revista*

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Desembargador Caetano Levi Lopes

Juiz Gilson Fonseca

Juiz Luiz Guilherme Marques

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Maurício Torres Soares

Desembargador Wander Paulo Marotta

Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis

Bruno Gontijo – MTB-MG: 11008

Jornalistas

Adriano Boaventura – MTB-MG: 09181

Fernanda Marques – MTB-MG: 12188

Georgia Baçvaroff – MTB-MG: 08441

Tiago Parrela – MTB-MG:14634

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ADRIANO ROBERTO VANCIM

Advogado licenciado. Servidor Público vinculado ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Guaxupé/MG. Autor e coautor de artigos e obras jurídicas 1

ANDRÉ LUIZ LOPES

Advogado, professor da Escola Superior Dom Helder Câmara, pós-graduado em Direito Civil, Processual Civil e Público, Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade175

BRUNO TERRA DIAS

Juiz de Direito. Ex-presidente da Associação dos Magistrados Mineiros – Amagis. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG – e do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais – IHGMG 15

CAROLINA MACHADO DURÃES

Bacharela em Direito. Mestre em Administração Pública..... 15

CRISTIANE RÊGO

Professora de Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG191

FABIO MURILO NAZAR

Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Professor de Direito Civil da Faculdade Arnaldo Janssen de Belo Horizonte191

FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO

Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas. Ex-professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/Minas 29

JAIR LEONARDO LOPES

Desembargador aposentado do TJMG – Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFMG – Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal – Lei em vigor n. 7.209; e participou de outras Comissões de Reforma Penal no Ministério da Justiça. – Ex-Presidente da OAB – MG.... 207

JOSÉ DO CARMO VEIGA DE OLIVEIRA

Doutorando em Direito Econômico e Político pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP. Mestre em Direito Processual pela PUC MINAS. Professor de Direito Civil e Processual Civil da PUC Minas. Desembargador da 10ª Câmara Cível do TJMG..... 49

JOSÉ EDUARDO JUNQUEIRA GONÇALVES

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Titular da Unidade Jurisdicional do JESP da Comarca de Guaxupé/MG. Coautor de vários artigos e obra jurídica..... 1

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

Juiz de Direito titular da 2ª Auditoria Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público; Professor de Direito Penal na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais..... 69

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes” – TJMG 93

MATEUS BICALHO DE MELO CHAVINHO

Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Empresarial na PUC Minas. Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais..... 117

NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG 145

THIAGO COLNAGO CABRAL

Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas 163

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	xi
A AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA E SUA APLICABILIDADE EM SEDE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	
<i>Adriano Roberto Vancim</i>	
<i>José Eduardo Junqueira Gonçalves</i>	1
IRREDUTIBILIDADE DE SUBSÍDIOS E VENCIMENTOS DOS SERVIDORES E TETO CONSTITUCIONAL	
<i>Bruno Terra Dias</i>	
<i>Carolina Machado Durães</i>	15
UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A TUTELA ANTECIPADA PELO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA	
<i>Fabício Simão da Cunha Araújo</i>	29
A CRISE SECULAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
<i>José do Carmo Veiga de Oliveira</i>	49
ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
<i>Paulo Tadeu Rodrigues Rosa</i>	69
INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E NO CANADÁ: ESTUDO COMPARATIVO	
<i>Rogério Medeiros Garcia de Lima</i>	93

A SOCIEDADE EMPRESÁRIA COMO DESTINATÁRIA DE
PRODUTOS E SERVIÇOS: AINDA EM BUSCA DE UMA
DEFINIÇÃO COM O AUXÍLIO DE CONCEITOS ECONÔ-
MICOS

Mateus Bicalho de Melo Chavinho 117

RECONSTRUÇÃO DOS FATOS PELAS PARTES, NO JU-
DICÍARIO, POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL
– UM REFORÇO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
E À RACIONALIDADE DAS DECISÕES, NO ESTADO DE-
MOCRÁTICO DE DIREITO

Newton Teixeira Carvalho 145

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DECORRENTES
DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Thiago Colnago Cabral..... 163

ESPAÇO ABERTO

A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* NA AÇÃO POPU-
LAR AMBIENTAL

André Luiz Lopes..... 175

SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA PAGAMEN-
TO DE PRECATÓRIOS APÓS A EC 62/09

Fabio Murilo Nazar
Cristiane Régio..... 191

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O ANTEPROJETO DO
CÓDIGO PENAL

Jair Leonardo Lopes 207

APRESENTAÇÃO

A Revista Amagis Jurídica traz em sua essência a marca do talento e da qualidade do trabalho científico dos magistrados mineiros e dos operadores do Direito que colaboram com nossa publicação. Nessa edição – a primeira da atual gestão – tais virtudes guiarão o atento leitor por temas diversos e atuais como a improbidade administrativa, o Direito comparado, os precatórios e os Juizados Especiais, dentre outros.

Com reconhecido sucesso, a Amagis Jurídica vem cumprindo a missão, desde a sua criação, de registrar e divulgar a produção acadêmica e o pensamento dos juízes mineiros, contribuindo para o debate jurídico e a formação dos estudantes de Direito do Brasil.

A todos, proveitosa leitura!

Herbert Carneiro
Presidente da Amagis

1

A AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA E SUA APLICABILIDADE EM SEDE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Adriano Roberto Vancim¹

José Eduardo Junqueira Gonçalves²

RESUMO

O texto a seguir abre o debate sobre a aplicação subsidiária do disposto no artigo 615-A do Código de Processo Civil em sede de Juizados Especiais Cíveis, notadamente em face dos consectários decorrentes da *averbação premonitória*.

Além de prestigiar a averbação registral, também na Justiça Especializada o instituto em comento pode representar maior segurança ao conferir transparência ao terceiro de boa-fé. Entre os aspectos positivos, ressaltamos a importância de afastar ao em parte a recorrente hipótese de fraude de execução, sem prejuízo do direito de disponibilidade do bem e ao mesmo tempo assegurar maior efetividade na via executiva. De modo temperado, a norma em destaque ainda estabelece o ônus ao credor de comunicar nos autos as averbações efetivadas e promover o cancelamento após a formalização da penhora sobre bens suficientes para garantir o juízo.

¹ Advogado licenciado. Servidor Público vinculado ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Guaxupé/MG. Autor e coautor de artigos e obras jurídicas.

² Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Titular da Unidade Jurisdicional do JESP da Comarca de Guaxupé/MG. Coautor de vários artigos e obra jurídica.

ABSTRACT

The following text debates the subsidiary application in accordance with the article 615 - regarding the Code of Civil Procedure in small claim courthouses, notably considering the consequences of the *premonitory annotation*. Besides honoring the registry annotation, also in special court the cited institute may represent a major safety by providing transparency to good faith third parties. Among the positive aspects, it is highlighted the importance of straying, at least some of, the recurrent hypothesis of execution fraud, without damaging the the right of asset availability and concomitantly ensure more effectiveness in the executive part. Moderately, the featured standard establishes likewise to the creditor the onus of informing to record the carried out annotations and of effectuating its cancellation after lien formalization on the due assets amount to guarantee the procedure.

1. INTRODUÇÃO

Basicamente, cediço que a execução de coisa certa tem por objetivo expropriar bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor, de sorte que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os bens existentes de sua propriedade, presentes e futuros, com exceção das restrições previstas em lei.

Igualmente, não se olvide que a expropriação consiste na adjudicação do bem constrito, nas alienações por iniciativa particular e por hasta pública, bem assim no usufruto de bem móvel ou imóvel, mecanismos esses de desenvolvimento regular executivo, tencionado à satisfação do crédito.

Entrementes, não raras vezes, a garantia do crédito excutido não é satisfeita, não atingindo assim seu viés objetivo, e, em muitas das vezes, decorrente da ausência de bens livres e desembaraçados passíveis de serem constritos, até às vezes ante conduta infringente do devedor em dispor de seus bens.

Com o intuito de salvaguardar o direito do credor e de gerar passiva obrigação legal ao devedor, o art. 615-A do CPC introduziu a figura admitida pela doutrina como averbação premonitória, por onde o credor, após distribuição de sua ação executiva, obtém certidão judicial a

ser averbada em diversos cadastros registraes, dando nota da demanda executiva ajuizada em face do devedor.

Em substancial aplicação, também deve-se admitir respectivo procedimento nas ações executivas aviadas em sede dos Juizados Especiais, não havendo normatização obstativa a tanto, cuja aplicabilidade também gerará maior conforto e latente garantia do recebimento do crédito.

Por assim ser, este singelo trabalho busca apontar o procedimento estatuído e os consectários advindos da averbação premonitória, além da sua perfeita aplicabilidade à Lei n. 9.099/95, incentivando seu uso como prévio mecanismo normativo nas ações executivas.

2. ASPECTOS LEGAIS DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

Com a reforma processual introduzida pela Lei n. 11.382/2006, basicamente no que pertine a toda sistemática da execução civil de título extrajudicial, foi introduzido no Código de Processo Civil a possibilidade inserta no art. 615-A atinente à averbação premonitória da execução.

Por tal instituto,

o exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

Nesse desiderato, o texto normativo passou a admitir que o exequente promova a averbação em registro público da execução ajuizada, fazendo-o com o objetivo de dar publicidade à demanda expropriatória, bem assim de modo a evitar possível fraude à execução, considerando a presunção originada de conhecimento por terceiros.

Conforme anota Humberto Theodoro Júnior³, “desde a propositura da ação de execução, fato que se dá com a simples distribuição da

³ JÚNIOR, Humberto Theodoro . *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33.

petição inicial (CPC, art. 263), já fica autorizado o exequente a obter certidão do ajuizamento do feito, para averbação no registro público. Não é, pois, apenas a penhora que se registra, é também a própria execução que pode ser averbada no registro de qualquer bem penhorável do executado”.

A finalidade maior é dar conhecimento a quem quer que seja de que os bens apontados na certidão estão sujeitos à constrição e seguida expropriação judicial, muito embora a averbação não retire a possibilidade de disposição do bem; como ainda impedir a alegação de boa-fé a terceiro adquirente, como fator de isenção da fraude à execução.

Por necessário, a amplitude na abrangência da averbação em registro público de bens (Cartório de Registro de Imóveis) ressalta a qualquer outro órgão de registro, como o Detran, Capitania dos Portos, Junta Comercial, INPI, CVM, DAC, a depender do bem constriado, como veículos, embarcações, quotas sociais, marcas e patentes, ações, aeronaves, dentre outras.

O procedimento cinge-se basicamente à solicitação, no ato da distribuição do processo judicial, de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, constando a exata identificação das partes e do valor (além dos próprios dados do processo), cuja certidão deverá ser levada à averbação perante qualquer cartório de registro público em que se tenha notícia da existência de bens em nome do executado.

Observe-se independe o ato de qualquer mandado judicial para sua concessão, tratando-se, pois, de faculdade própria da parte interessada, com a advertência da necessária comunicação ao juízo da averbação efetivada, sob pena de ser considerada manifestamente indevida.

Apenas cabente intervenção judicial a respeito em excepcional hipótese de injustificada negativa, já que presente a aplicação do princípio maior da efetividade do processo.

Gize-se a respeito o disposto no § 1º do artigo em comento por meio do qual “o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização”.

Corolário, a falta no correspondente dever de agir do exequente poderá ensejar a ineficácia do ato e, malgrado, ser a averbação reputada como indevida, gerando, pois, indenização em favor do executado.

Assim traduz o § 4º do referido diploma:

o exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta lei, processando-se o incidente em autos apartados.

Vale dizer, em casos que tais, demonstrado estará a litigância de má-fé do exequente, cujo reconhecimento poderá mesmo se dar *ex officio*, com o pagamento de multa processual, honorários advocatícios, despesas e indenização da “parte contrária nos prejuízos que essa sofreu”.

Outra obrigação dispositiva cinge-se a que, após devidamente formalizada a penhora sobre bens suficientes à garantia da dívida executada, será determinado o cancelamento das averbações promovidas sobre os bens que não tenham sido penhorados.

Prescreve o § 2º que “formalizada a penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo, relativas àqueles que não tenham sido penhorados”.

Constitui indubitoso ônus da parte exequente em agir diretamente perante o cartório de registro ou o órgão competente assinalando o cancelamento das averbações de bens que não tenham sido efetivamente penhorados, sob pena do não exercício constituir abuso de direito, suscetível também de reparação indenizatória.

Isso porque, “a medida, que tem forte eficácia cautelar, é provisória, pois, uma vez aperfeiçoada a penhora, as averbações serão canceladas. Apenas subsistirá aquela correspondente ao bem que afinal foi penhorado”.⁴

Outra consequência maior advinda da averbação, diz respeito a que “presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593)”, sendo, assim, a pedra fundamental desse instituto, dando sobrevida ao resguardo do exequente no ato de disposição e alienação de bens pelo executado.

Alguns doutrinadores entendem tratar de nova modalidade de fraude a execução; enquanto que outros compreendem apenas ter

⁴ Op. cit., p. 33.

havido maior explicitação na prevenção do ilícito, principalmente de forma a destacar com maior ênfase a presunção de fraude quando desobedecido o registro da penhora ou a prova de má-fé do terceiro adquirente.

A isso se refere a Súmula n. 375 do STJ, *in verbis*: “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

Faz presunção, assim, que pela averbação do bem em cartório de registro imobiliário o executado poderá dar ensejo a fraude à execução, já que o registro se mostra oponível *erga omnes* não podendo, salvo pelas vias judiciais cabíveis, ser desfeito e mesmo invalidado.

Nesse particular, novamente aduz Humberto Theodoro Júnior que,

naturalmente, essa presunção legal de fraude de execução, antes de aperfeiçoada a penhora não é absoluta e não opera quando o executado continue a dispor de bens para normalmente garantir o juízo executivo. Mas se a execução ficar desguarnecida, a fraude é legalmente presumida, independentemente da boa ou má-fé do adquirente, graças ao sistema de publicidade da averbação, no registro público, da simples existência de execução contra o alienante⁵.

Ainda acresce que

em outros termos, a averbação torna a força da execução ajuizada oponível *erga omnes*, no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que sendo alienado permanecerão, mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos a penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro par impedi-la.⁶

Assim já pontuou a jurisprudência:

EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – ART. 615-A, § 3º, CPC – PRESSUPOSTOS – CONFIGURAÇÃO. I – A ação de embargos de terceiro é postulável pelo senhor ou possuidor de um bem que sofreu constrição judicial em ação da qual não é parte. Seu objeto se restringe à preservação da incolumidade do bem objeto da constrição judicial. II – Para a configuração de fraude à execução prevista no art. 615-A e § 3º, basta

⁵ Op. cit., p. 34.

⁶ Idem.

que a venda do bem seja realizada após a averbação, fato que leva à presunção absoluta de fraude, e que esteja presumida a insolvência do executado; dispensa-se a citação válida do executado para a hipótese em comento. III – Considerando que a venda do veículo ocorreu em data posterior à averbação do impedimento de transferência; considerando, por fim, a presunção de insolvência do executado que era proprietário do veículo, resta configurada a fraude a execução. (Apelação Cível 1.0024.11.162486-2/001, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 4/12/2012, publicação da súmula em 11/12/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – AVERBAÇÃO DA AÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS (ART. 615-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) - POSTERIOR ALIENAÇÃO – FRAUDE À EXECUÇÃO. – À semelhança do que ocorre quando se aliena bem depois de registrada a penhora, é absoluta a presunção de fraude à execução quando ocorre depois da averbação de que trata o art. 615-A do Código de Processo Civil. (Agravo de Instrumento Cv 1.0024.10.283167-4/001, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 5/6/2012, publicação da súmula em 11/6/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DA EXECUÇÃO. ARTIGO 615-A, CPC. PROVA DE MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. INEXISTÊNCIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE INDEFERIDA. MULTA ARTIGO 475-J, CPC. EXECUÇÃO INICIADA ANTES DA VIGÊNCIA DO DISPOSITIVO. INAPLICABILIDADE. – A fraude à execução somente é presumida quando há averbação da certidão comprobatória da execução (art. 615-A, caput e §3º, CPC) ou o registro da penhora (art. 659, §4º, CPC), antes da alienação ou oneração do bem, competindo ao credor comprovar a má-fé do adquirente nos casos em que não se aplica a presunção legal (Súmula 375 do STJ aplicada por extensão). [...]. (Agravo de Instrumento Cv 1.0024.98.116321-5/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/2/2011, publicação da súmula em 15/3/2011)

Ante tais considerações, deve ser felicitada a inovação trazida pelo art. 615-A do CPC, que dentre suas finalidades, objetivou trazer maior conforto e amparo ao exequente na expropriação de bens, so-

bretudo na salvaguarda, pela formalizada averbação, da disposição de bens do executado sem a verificada ocorrência da fraude à execução.

3. BREVES LINHAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Com sede no art. 98, I, da Constituição Federal, os juizados especiais cíveis, dotados da competência de conciliar, julgar e executar as causas de menor complexidade, objetivou, substancialmente, permitir maior acesso à população, atendendo a uma demanda reprimida, mediante a oferta de um processo rápido, econômico e simples.

Eis, pois, que a função primordial foi abrandar o fenômeno até então existente da “litigiosidade contida”, pois em que pese sua aparente simplicidade, a Lei n. 9.099/95 significa uma verdadeira revolução processual-civil brasileira, da qual não podemos perder de vista ou evitá-la, devendo prevalecer a sistemática estatuída pela lei menos onerosa e de menor rigor formalista.

A ideia matriz dos juizados especiais consiste, assim, na facilitação do acesso à justiça pelo cidadão comum, especialmente pela camada mais humilde da população, criando-se um verdadeiro micro-sistema.

Nessa linha, pautado na competência estabelecida, a interpretação a que se deve conferir deve ser a mais ampla possível, em cotejo com as legislações adjetivas aplicáveis, sobretudo o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, sempre de modo a integrá-la.

A par do exposto, repita-se, dentro da esfera de delimitação de competência, a desejada eficiência do sistema judiciário depende em muito da interpretação impingida, donde podemos abstrair que em relação à LJE se mostra crível a função dos juizados especiais.

De tudo, também não se pode negar que a opção pelo autor em litigar sob o pálio da Lei n. 9.099/95 constitui medida facultativa, arrimada dentro dos parâmetros da conveniência e da oportunidade em perquirir a prestação da tutela jurisdicional.

Assim, estando diante de causas cíveis de menor complexidade, esculpida por aquelas matérias determinadas pelo art. 3º da lei adjetiva em comento, faculta-se à parte interessada postular seu direito sob

o prisma da Lei n. 9.099/95, muito até pelo caráter de ampla e irrestrita acessibilidade que o envolve, mormente a se considerar os princípios regentes dessa esfera de justiça especializada, dentre os quais oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, “buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Outro fator que em muito contribui para o acesso nos juizados especiais cinge-se ao fato de que “o acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesa”, vale dizer, por si só, já se demonstra viável a provocação da tutela em casos que tais. Ademais, conforme estatui o art. 55, “a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé”.

Nessa linha, conforme estatui Ricardo Cunha Chimenti,⁷

a interpretação histórica, sistemática e teleológica do novo sistema, no entanto, demonstra estarmos diante de novos critérios de constituição e desenvolvimento do processo, dentre os quais não se inclui o da obrigatoriedade. O sistema dos Juizados Especiais tem por fonte a própria CF (art. 98, I) e sem conseqüência consagra princípios próprios que visam aumentar e não restringir as alternativas de busca da satisfação de direitos, circunstâncias suficientes para que sua interpretação se afaste de teses clássicas cuja eficácia, aliás, já é questionada até mesmo em relação ao procedimento comum.

Ainda nesse desiderato, em sede recursal já houve vasto posicionamento a respeito,⁸ cabendo dispor, por necessário, que pelo Enunciado n. 1 do Fonaje “o exercício do direito de ação no Juizado especial Cível é facultativo para o autor”.

⁷ *In: Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

⁸ Assim: “Conflito de competência – Juizado Especial Cível e Juízo Cível Comum. Faculdade do autor. Conflito procedente. Competente o Juízo suscitado”. (TJSP – CComp. 35.986-0). “Conflito de competência – Despejo por falta de pagamento – Juizado Especial e Juízo Cível Comum – Faculdade do Autor. Conflito procedente, competente o Juízo suscitado”. (TJSP – CComp. 35.009-0). “Competência – Conflito – Juizado Especial e Juízo Comum – Possibilidade de opção por parte do autor – Interpretação da Norma Constitucional que visa facilitar o acesso ao Judiciário – Respeito ao amplo direito de defesa – Conflito julgado procedente e competente o juízo suscitado”. (TJSP - CComp. 35.036-0/5).

Dentre as funções da jurisdição, assim compreendidas, cognição, execução e cautelar, todas admitidas pelos JECs (ressalva a cautelar admitida em caráter excepcional – Enunciado n. 26 do Fonaje), interessa-nos induzir a permissiva função executiva dos títulos e o uso de instrumentos à sua garantia.

Por oportuno, importa grafar e trazer à baila a esmerada lição prescrita por Araken de Assis pelo qual destoa a singular importância social das ações executivas e que calha com a função social objetivada pelos JECs.

Nesse jaez,

destinando-se à realização prática de certos direitos, outorgados no provimento judicial, ela constitui a forma mais expressiva, na perspectiva do jurisdicionado, de tutela. Na sociedade de massas, com efeito, interessa sobretudo a efetividade dos direitos, atingida pela sua satisfação específica, e importa menos a sua simples e solene declaração, ainda que objeto de procedimento em juízo, exceto se ela própria acarretar tal situação.⁹

Acrescenta ainda o renomado autor, que

resta claro, nessa linha de raciocínio, que a função de conhecimento não satisfaz, ao menos, em certos casos, a aspiração fundamental do litigante, entregando-lhe o bem da vida almejado. E esta circunstância se afigura fundamental para definir o acesso à função executiva.¹⁰

Demonstra-se conciso o entrelaçamento da LJE na satisfação da tutela perquirida, que além da facilitação do acesso ao Judiciário, também conferiu celeridade e eficiência na resolução das ações executivas, sendo tal, na maior parte das vezes, a demonstração prática do invocado direito material.

Mas não é só: aos poucos, sobretudo pela aplicação das disposições constantes no Código de Processo Civil, a lei especial vem ganhando maior roupagem e força vinculante a suas decisões, com valiosos instrumentos que garantem maior eficácia à satisfação das

⁹ *In: Execução civil nos juizados especiais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

¹⁰ *Idem*, p. 20.

ações executivas correntes, tal como verificado com a averbação premonitória.

4. COMPATIBILIDADE DA AVERBAÇÃO NAS AÇÕES EXECUTIVAS DA LEI N. 9.099/95

Tendo em vista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei n. 9.099/95, notadamente em procedimento executivo, não vemos nenhum impedimento em que seja observado e atendido a realização da averbação premonitória nos feitos executivos que tramitam nos juizados especiais.

Aliás, se a finalidade perquirida pelo novo instituto é realmente permitir ao credor lançar mão de forçoso mecanismo de cientificação pública da demanda expropriatória movida, com os impedimentos e consequências advindas com a averbação, com maior razão sua aplicação nos Juizados Especiais, onde as demandas são ainda mais crescentes.

Cabe o registro de que a infundada negativa pode gerar intervenção excepcional do juízo, objetivando a precisa aplicação do instituto, com o realce de que

[...]. A averbação premonitória de que trata o art. 615-A do Código de Processo Civil deve refletir a pretensão executiva formulada, de modo a cumprir seus objetivos de conservação de direito e de maior publicidade a terceiros da existência do procedimento judicial envolvendo o bem. Demonstrada a impossibilidade de o recorrente obter, administrativamente, a averbação requerida ao Cartório de Registro de Imóveis, cabe ao Juízo tornar eficaz aquele mecanismo, em obséquio do princípio da efetividade do processo [...]. (TJMG, Agravo de Instrumento Cv 1.0024.09.665960-2/001, Relator Des. Almeida Melo, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/4/2010, publicação da súmula em 5/5/2010).

Também, como contraposto necessário, e sem qualquer obstaculização a que se tem notícia, muito comumente se depara com frequentes pedidos de fraude à execução nos JECs, donde, como demonstrado, a averbação premonitória pode ser valoroso mecanismo de fundamentação ao reconhecimento da ilicitude civil.

Deve ser bem atendido, pois, a expedição da certidão judicial com o preenchimento dos requisitos que a norma processual exige, como

ainda, e principalmente, ser observado, a tempo e modo, a baixa da averbação anteriormente promovida, sob pena de responsabilização correspondente.

Sob esse ponto, deve ser extremamente diligente a parte credora em agir com estrita boa-fé e comunicar ao juízo sobre o cancelamento no registro competente, uma vez atendido o precípua objetivo almejado, notadamente após a expropriação de bens e satisfação do crédito executado.

Está-se, uma vez mais, a prestigiar a força e eficácia que advém do registro público, em especial, tal como inderrogável normatização esculpida pela Lei 6.015/73, no que se refere aos serviços registraes, cuja presunção, ainda que relativa, são destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Seja, pois, pelo aspecto legal, seja pela finalidade maior almejada, perfeitamente aplicável nas ações executivas da Lei n. 9.099/95 a averbação premonitória, inexistindo qualquer incompatibilidade do instituto ao texto normativo da especial lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, deve ser prestigiado o instituto da averbação premonitória, que uma vez mais permitiu ao credor lançar mão de preciso mecanismo hábil a atacar seu direito satisfativo de crédito, promovendo o registro de certidão judicial em cadastros restritivos, sobretudo de ordem de registro público.

Dada sua relevância, com a importância que lhe deu o CPC, mostra-se de bom alvitre sua aplicação e mesmo incentivo, não o sendo diferente em sede da Lei n. 9.099/95, que recomenda a cabível aplicação subsidiária das leis gerais a seu texto, principalmente aquelas voltadas à fase de execução.

Exige-se, pois, ante a demonstrada compatibilidade, que a expedida certidão judicial contenha os requisitos enumerados, como também a conduta proba do credor em não se utilizar desse meio como infringente instrumento coercitivo, devendo, pois, sob pena de responsabilização civil, promover o imediato cancelamento nas hipóteses em que o art. 615-A do CPC determine sua baixa.

Por tudo, deve ser bem festejado o instituto da averbação premonitória, que eleva e torna mais claro a possibilidade de reconhecimento de fraude à execução quando da disposição do bem com o realizado gravame, na forma como prescrita pela Súmula n. 375 do STJ.

Este singelo trabalho apenas objetivou coligir e despertar maior interesse no assunto aqui tratado, com a pretensão de maior amplitude de discussão e aplicação do instituto, sobretudo em face da Lei n. 9.099/95, a não se perder de vista sua função social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juizados especiais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

2

IRREDUTIBILIDADE DE SUBSÍDIOS E VENCIMENTOS DOS SERVIDORES E TETO CONSTITUCIONAL

Bruno Terra Dias¹

Carolina Machado Durães²

RESUMO

O trato da remuneração é importante tarefa não só do setor privado, mas também do setor público, na medida em que controlar os ganhos de uma pessoa corresponde à dominação da sua vontade. Em seu texto original, a Constituição Federal de 1988 assegurou paridade a servidores civis e militares e assegurou a irredutibilidade dos vencimentos. Mudanças surgiram no quadro político e social, sendo editadas as Emendas Constitucionais n. 18 e n. 19. Frustrada a pretensão de abarcar todas as possibilidades de remuneração dos servidores públicos, nos três poderes, formulada juridicamente por meio da EC n. 41, percebe-se que a constitucionalização hierarquizada do tema pode ter sido um erro. Não havendo direito adquirido sobre regime de composição de remuneração, a judicialização do tema vem forçando o legislador constituinte derivado a tentar resolver pontualmente os insucessos decorrentes da promulgação de emendas constitucionais sucessivas, sempre se socorrendo às novas propostas. Exemplo disso é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 5/2011, que busca a cumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de novo

¹ Juiz de Direito. Ex-presidente da Associação dos Magistrados Mineiros – Amagis. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG – e do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais – IHGMG.

² Bacharela em Direito. Mestre em Administração Pública.

vínculo com a Administração Pública, e a PEC n. 210/2007, que restabelece o adicional de tempo de serviço (ATS). Conclui-se, no entanto, que as tentativas do legislador de esgotar o tema ainda não são eficazes, gerando demandas judiciais e questões, como a da integração dos ganhos *in natura* ao teto remuneratório, que permanecem sem solução, ocasionando perda de capital intelectual ao setor público.

Palavras-chave: Servidor Público. Remuneração. Constitucionalização. Enquadramento legal. Judicialização.

ABSTRACT

Handling remuneration is an important task not only to the private sector but also to the government sector, as the gain control of an individual corresponds to the domination of the will of the employee. In its original text, the Federal Constitution of 1988 ensured parity to civil and military servants and assured the irreducibility of maturities. Changes emerged in the political and social set being edited Constitutional Amendments n. 18 and n. 19. Frustrated the claim to cover all the possibilities for government servants compensation, in all three branches, legally formulated by Amendment n. 41, we realize that the hierarchical constitutionalization of the subject may have been a mistake. Not having an attained right about remuneration system composition, the judicialization of the subject is forcing the constituent legislator to try to solve promptly the failures resulting from the enactment of successive constitutional amendments, always bailing new proposals. An example is the constitutional amendment proposal (PEC) n. 5/2011 that seeks the accumulation of retirement income with the salary of new bond with the Public Administration, and PEC n. 210/2007, that reintroduces the time service additional (ATS). We conclude, however, that the legislature's attempts to exhaust the subject are not effective yet, generating lawsuits, and issues such as the integration of the gains *in natura* to the wage shelter remain unsolved, causing loss of intellectual capital to the government sector.

Keywords: Government Servant, wage, constitutionalization, legal framework, judicialization.

INTRODUÇÃO

A investigação do tema da irredutibilidade de subsídios, de vencimentos dos servidores e do teto constitucional reclama a observância

de não menos que três ângulos de análise: a) como se encontra disposta a matéria no direito constitucional positivo; b) enquadramento legislativo à luz do direito administrativo; c) jurisprudência específica dos nossos tribunais. Com essa visão constituiremos a argumentação necessária à adequada compreensão jurídica do tema.

1. REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES E TETO: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

1.1 Generalidades

A remuneração é um dos aspectos mais importantes da vida de qualquer pessoa. Não seria diferente a realidade do servidor público. Sem retribuição adequada aos esforços despendidos, não há reprodução da força de trabalho, não há possibilidade de elevação da capacidade de trabalho, o serviço decai, corrompe-se e, no extremo, desaparece. Como advertiu Alexander Hamilton, “o controle sobre os meios de subsistência de um homem equivale ao controle sobre sua vontade”. Quando se trata de serviço público, a perda dos melhores valores, a penosa sobrevivência e convivência de abnegados com aproveitadores de toda ordem, a progressiva degradação do ambiente de trabalho, com sacrifício da cidadania, é o preço da insensibilidade do governante ou das crises econômicas, como sazonalmente acontece. A qualidade da remuneração dos servidores, nessa perspectiva, transforma-se em motivo de segurança ou insegurança da população.

Definir o quanto alguém deve ganhar, operação tão delicada, significa interferir diretamente no seu padrão de vida, nas suas expectativas. Pode ser mais, pode significar a dominação da vontade do assalariado. A justa medida remuneratória, conciliada com a finitude orçamentária e com os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, é resultado de uma equação com muitas variáveis, como constatam atualmente os servidores públicos de países europeus em séria crise econômica, tais como Grécia, Irlanda, Portugal e Espanha. No extremo, a despeito de todas as garantias consagradas e ampliadas ao longo dos tempos, não há nada mais constitucional que o argumento *ad terrorem* de um Ministro da Fazenda.

Em sua redação original, o inciso X, do art. 37, assegurava paridade, entre servidores civis e militares, de tal sorte que haveria unicidade de índice de reajuste e de data para tal.³ O princípio da reserva legal, que conduziu a concessão de reajustes, em favor dos servidores militares, pelas Leis n. 8.622/1993 e n. 8.627/1993, totalizando 28,86%, aplicado em paridade a favor dos servidores civis da União, teve como resultado a Súmula n. 672, do Supremo Tribunal Federal – STF, assim redigida:

O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis n. 8.622/93 e n. 8.627/93, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

Com a sucessão de decisões que desaguaram na Súmula n. 672, do STF, veio a motivação suficiente para a Emenda Constitucional n. 18, de fevereiro de 1998, que diferenciou servidores civis de servidores militares, para a finalidade de reajustes remuneratórios. Em seguida, no mês de junho de 1998, veio a lume a Emenda Constitucional n. 19, em razão da qual o inciso X passou a ter a seguinte redação:

a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

1.2 Disposições constitucionais (irredutibilidade e revisão anual)

Historicamente, a remuneração do servidor público brasileiro, nas diversas esferas administrativas, sempre sofreu desgastes decorrentes da sucessão de regimes políticos e, mesmo, especialmente na escala municipal, da alternância de correntes políticas no poder. Buscando

³ A respeito, verificar: BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, t. III, p. 105 e segs.; JUNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. 4, p. 2205 e segs.

obviar os males da descontinuidade administrativa e das discriminações constantes contra servidores, o legislador constituinte buscou assegurar a irredutibilidade (art. 37, XV) e a revisão anual por lei específica (art. 37, X).⁴

As expectativas derivadas das previsões constitucionais de irredutibilidade e de revisão anual, inaugurando uma nova era nas relações da Administração Pública com o servidor, frustraram-se. A necessidade de lei específica, ou seja, que verse exclusivamente a fixação do valor remuneratório, cuja iniciativa fora deferida ao Chefe de Poder, nas esferas municipal, estadual e federal, caracterizou a irredutibilidade como expressão meramente nominal, sem vinculação efetiva com o poder de compra dos subsídios ou dos vencimentos. O princípio da reserva legal, expressamente adotado, implicou, também, vedação de reajuste administrativo de vencimentos e subsídios ao Chefe do Poder Executivo e demais legitimados (Câmara dos Deputados, Senado Federal, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça, Ministério Público e Tribunal de Contas da União).⁵

A julgar pela redação constitucional, anualmente, o Chefe de Poder deveria encaminhar ao Poder Legislativo um anteprojeto de lei dispondo sobre a revisão do poder de compra da remuneração dos servidores. Mas não é o que acontece. Os servidores aguardam anos a fio uma recomposição remuneratória, frequentemente abaixo do necessário à reposição inflacionária do período.⁶

Note-se, ainda, que os vocábulos *remuneração*, *vencimento* e *subsídio*, utilizados pelo constituinte derivado têm significação distinta. Sob a expressão “espécies remuneratórias”, introduzida no inciso XI, do art. 37, pela Emenda Constitucional n. 19/1998, estão compreendidas as modalidades vencimento e subsídio. Espécies remuneratórias é

⁴ Sobre o sistema remuneratório dos agentes públicos, veja-se: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Ma2012, p. 683 e segs.

⁵ A respeito, já decidiu o STF em diversas oportunidades (RE 505.194-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13 de dezembro de 2006; RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27 de novembro de 2007).

⁶ Veja-se MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 334/5.

expressão genérica, distinta da empregada pelo constituinte originário; remuneração, nos termos da redação então vigente do inciso X, era vocábulo que deveria ser interpretado restritivamente, como sinônimo de vencimentos, a retribuição pecuniária pelo serviço, acrescida das vantagens inerentes ao cargo ou aquelas a que tiver direito o servidor.⁷

O vocábulo subsídio deve ser interpretado como forma de remuneração de determinados agentes públicos, tal como previsto no § 4º, do art. 39. O subsídio é integrado por parcela única remuneratória, do conceito excluindo-se qualquer verba percebida em caráter indenizatório (§ 11, do art. 37, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 47/2005).

1.3 Disposições constitucionais (teto remuneratório)

Sempre baralhando realidades e critérios, sob inspiração aparentemente ética, o constituinte, tanto o originário como o derivado, faz o texto de nossas opções políticas fundamentais fervilhar de disposições relativas à remuneração do servidor público. A busca de opor limites aos ganhos desproporcionais de poucos (que cresceram suas remunerações, administrativa ou judicialmente, do que se convencionou vulgarmente denominar de “penduricalhos”), o inciso XI (redação original), do art. 37, c/c o art. 17 do ADCT, determinava a redução da remuneração de todo e qualquer servidor, ativo ou inativo, assim como pensionista, que extrapolasse o teto. O reiterado posicionamento do STF, em declarar que vantagens individuais e pessoais estariam excluídas da limitação do teto, o que não ocorreria com as vantagens percebidas em razão do cargo, levou o constituinte derivado a engendrar a emenda Constitucional n. 19/1998.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou a redação do inciso XI, do art. 37, e o inciso V, do art. 93, com a intenção de dirimir as dificuldades da redação constitucional original. Mas novamente o STF

⁷ Na dicção de J. Cretella Jr., comentando a redação original da Constituição de 1988: “...remuneração é o *quantum em dinheiro*, ou, como diz a Carta Política, *em espécie*, pago pelos cofres públicos e percebido pelo agente público, militar ou civil, em razão do serviço público prestado.”

interpretou a Constituição, com as alterações introduzidas (especialmente a que determinava a iniciativa conjunta dos presidentes da República, do STF, da Câmara dos Deputados e do Senado para projeto de lei destinado a fixar os subsídios dos Ministros do STF, conforme inciso XV, do art. 48), para fixar o entendimento de que o inciso XI, do art. 37, não seria autoaplicável, continuando a ser aplicável a redação original, até regulamentação do texto emendado. Contornando o entendimento do STF, veio a lume a Emenda Constitucional n. 41/2003.

A Emenda Constitucional n. 41/2003 redigiu o enorme e confuso inciso XI, do art. 37, com a pretensão de abarcar todas as possibilidades remuneratórias, nos três poderes, na administração direta como na indireta, qualquer que seja a qualificação do servidor.⁸ Para obviar novo entendimento interpretativo contrário à autoaplicabilidade do inciso XI, do art. 37, a emenda continha disposição transitória (art. 8º) considerando para tal finalidade (valor do teto) a maior remuneração legal de Ministro do STF, acrescida de verba de representação e adicional de tempo de serviço. Teve o constituinte derivado, com a Emenda n. 41/2003, a intenção de ressuscitar o art. 17 do ADCT, para a finalidade de redução imediata de subsídios e vencimentos superiores ao teto. Não obteve sucesso nessa tentativa, pois o constituinte derivado não poderia, por disposição transitória nova (art. 8º), repristinar disposição original que não cumpriu sua finalidade, ferindo ato jurídico perfeito e direito adquirido.⁹

A ausência de critérios adequados para uma política remuneratória do serviço público propiciou autênticos disparates, insuscetíveis de serem resolvidos pela constitucionalização do tema. A constitucionalização hierarquizada do tema talvez tenha sido um erro. Toda vez que se discute algo em matéria remuneratória, é necessário alterar o texto constitucional, em desprestígio ao seu significado e pretensão de perenidade. Invertendo a ordem lógica da resolução de problemas,

⁸ Sobre as repercussões no Judiciário, com entendimentos do Conselho Nacional de Justiça, veja-se o comentário de SILVA JUNIOR, Azor Lopes da. *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, 4. ed. Costa Machado (org.); Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.). Barueri: Manole, 2013, p. 260 e segs.

⁹ Assim entendeu o STF no MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11 de maio de 2006.

não se estabeleceu uma política remuneratória própria para o setor público, mas buscou-se a elaboração e implementação de meios de combate a práticas de reconhecimento, administrativo ou judicial, de novas parcelas destinadas à engorda da remuneração do servidor. O resultado, já conhecido de todos, foi assegurar ganhos abaixo da realidade à maioria e redução inexpressiva (é possível que o número de ocorrências tenha aumentado) dos casos de acréscimo de penduricalhos ilegítimos.

Situações, as mais diversas, surgem em forma de demanda judicializada, a gerar expectativas de que o Poder Judiciário decida com justiça a despeito da norma escrita ou de sua má redação. Servidores que prestaram novo concurso, que foram nomeados e empossados após aposentarem-se em primeira carreira pública, antes da regra impeditiva de cumulação de proventos; servidores qualificados que, aposentados, somente podem prestar serviços gratuitamente ao Poder Público; servidores que, em face das tristezas da viuvez, têm decotada a pensão por morte do cônjuge, que também era servidor público; servidores que percebiam valor superior ao teto, na data da sua instituição, que não têm reposição das perdas inflacionárias sobre toda a remuneração, etc.

É curioso notar que o inciso XI criou multiplicidade de critérios, sem lastro em conhecimento necessário, que desserve o propósito de sua elaboração. Primeiramente, limitou o denominado teto ao subsídio mensal, em espécie, percebido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para toda e qualquer situação de remuneração ou pagamento de subsídio no país. Em seguida, criou subtetos estaduais e municipais, limitando o pagamento de remuneração e subsídio ao ganho do Governador ou do Prefeito, no âmbito dos Poderes Executivos respectivos. O Poder Judiciário Estadual não ficou submetido ao subteto estadual, mas os Desembargadores ficaram jungidos ao limite de 90,25% dos subsídios pagos, em espécie, aos Ministros do STF, contando-se, a partir desse patamar, em escala decrescente, a remuneração dos magistrados de inferior instância, com diferença entre 5% e 10%, a cada degrau na carreira. Os subsídios dos Deputados Estaduais servem de teto à remuneração dos servidores do Poder Legislativo Estadual.

Outra incongruência do texto constitucional revisado está em que a remuneração daqueles que servem de parâmetro aos demais não se esgota em espécie, havendo, também, valores percebidos em gênero. A disponibilização de carro com motorista, residência oficial, gastos da casa cobertos pelo erário, cobertura médico-hospitalar e odontológica, bem como outros favores legalmente constituídos que não entram no cômputo do teto remuneratório, achatando sensivelmente a possibilidade de ganhos no serviço público, que vem perdendo profissionais de qualidade comprovada, mormente nas carreiras mais prestigiadas, exatamente em razão das ofertas do setor privado.

1.4 Irredutibilidade de subsídios e vencimentos

É da tradição de todas as Constituições da história republicana brasileira a cláusula da irredutibilidade em favor dos magistrados como garantia da independência do exercício da judicatura. A Constituição de 1988 estendeu a garantia aos servidores civis e militares (redação original).¹⁰

O inciso XV, do art. 37, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, dispõe expressamente sobre a irredutibilidade de subsídios e vencimentos, o que, conjugado com o disposto no inciso X, faz pensar em direito a recomposição anual obrigatória. Entretanto, a prática tem sido de consideração do valor nominal como irredutível, pouco importando que a defasagem se acumule por anos a fio, sem qualquer recomposição.

O STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em diversas oportunidades, assentaram o entendimento da irredutibilidade jurídica dos subsídios e vencimentos, sem conteúdo econômico.¹¹ Vale dizer, a irredutibilidade não alcança tributos recolhidos, direta ou indiretamente, aos cofres públicos, assim como não alcança o tributo maior e mais drástico da depreciação da moeda.

¹⁰ A respeito, veja-se TAVAES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 881.

¹¹ STF: AI 256.044-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 12 de maio de 2000; STJ: SS 602/SC, Rel. Min. Otávio Galloti, DJ de 26 de novembro de 1993.

A eventual supressão de parcelas dos vencimentos do servidor, com extinção das mesmas, desde que não importe em redução nominal do valor percebido como retribuição pelo trabalho, não atenta contra a irredutibilidade. Isto em razão do entendimento consolidado de que não há direito adquirido a determinado regime de composição dos vencimentos. O STF, já após o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, em consonância com o que vinha decidindo anteriormente (inexistência de direito adquirido a determinada fórmula de composição remuneratória), reconhecendo a extinção dos adicionais de tempo de serviço, como consequência da implantação do regime de subsídios, assegurou, como direito adquirido, a percepção de eventual valor extrateto, “até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal”.¹²

Há quem advogue, com justiça, a tese de que o valor extrateto deveria ser corrigido monetariamente, na mesma periodicidade e pelo mesmo índice de reajuste dos subsídios e vencimentos, somente sendo absorvido pelo percentual que superasse a inflação oficial.¹³ A fórmula pretendida melhor se adéqua ao reconhecimento de direito adquirido ao valor extrateto, mas, por enquanto, ainda não foi consagrada, administrativa ou judicialmente.

1.5 Propostas de Emendas Constitucionais em tramitação no Congresso

A crise no serviço público, com perda substancial de pessoal qualificado, já despertou o legislador para a necessidade de revisão da situação. Há em tramitação no Congresso Nacional, dentre tantas outras, a Proposta de Emenda Constitucional n. 5/2011, que flexibiliza a disciplina do teto para permitir cumulação de proventos de aposentadoria com remuneração decorrente de novo vínculo com a Administração Pública, isso por subtração da expressão “cumulativamente ou não” do inciso XI, do art. 37. Pelo substitutivo do Deputado Federal Mauro Lopes, o dispositivo passará a ter a seguinte redação:

¹² MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11 de maio de 2006.

¹³ Parecer inédito de André Ramos Tavares, datado de 2010 a que tivemos acesso.

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

Continuará sem solução a questão relativa aos ganhos *in natura* (residência oficial, carro com motorista, assistência médico-hospitalar e dentária, custeio das despesas de manutenção de residência oficial, etc.), que diferenciam os detentores da remuneração paradigma dos demais servidores públicos.

Outra PEC em tramitação é a de n. 210/2007, destinada a restabelecer o ATS (adicional de tempo de serviço). Embora originariamente destinada somente aos membros das carreiras da magistratura e do Ministério Público, em comissão especial houve aprovação de alterações em favor das carreiras típicas de Estado. O adicional representará, se aprovado, acréscimo de 5% sobre a remuneração, a cada 5 anos de efetivo exercício em carreira típica de Estado, o que abrange, além das carreiras inicialmente objetivadas, outras também importantes, como as que realizam atos de polícia tributária.

1.6 Considerações finais

A remuneração do servidor público é tema de grande importância, posto que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), são efetivadas tentativas, por vezes canhestras, de regulamentar o rol dos valores incluídos no teto remuneratório e estabelecer a melhor forma de revisão.

A redação original do art. 37, X, da CF/88, assegurava a paridade entre servidores civis e militares e a irredutibilidade, enquanto a revisão anual era tratada por lei específica. No decorrer do tempo, veio a EC n. 18, que diferenciou servidores civis de servidores militares, a EC n. 19/98, que buscou dirimir as dificuldades da redação constitucional original, e a EC n. 41/2003, cuja pretensão era de abarcar

todas as possibilidades de remuneração. No entanto, todas elas foram insuficientes para abranger amplamente as possibilidades de ajustes remuneratórios dos servidores públicos.

Até a atualidade o legislador vem nesse esforço de esgotar o tema, com pretensão de regulamentar todas as hipóteses, como se percebe da PEC n. 5/2011, que trata da cumulação de proventos de aposentadoria com remuneração decorrente de novo vínculo com a Administração Pública, e da PEC n. 210/2007, que visa restabelecer o ATS (Adicional de Tempo de Serviço).

Nesses termos, a crítica que surge é que a constitucionalização hierarquizada do tema talvez tenha sido um erro, posto que toda vez que se discute algo em matéria remuneratória é necessário alterar o texto constitucional, contrariando a índole de perenidade que deve se revestir toda matéria elencada entre as opções jurídicas e políticas fundamentais da Nação.

A judicialização do tema é recorrente, ressaltando-se o entendimento pacificado de que não há direito adquirido a determinado regime de composição vencimental. O reconhecimento de direito adquirido ao valor extrateto, justa pretensão calcada no preceito de irredutibilidade, ainda não foi consagrado, administrativa ou judicialmente. Ao mesmo tempo, e injustamente, não entram no cômputo do teto remuneratório os valores percebidos em gênero pelos titulares dos cargos paradigmas do serviço público.

O achatamento dos ganhos no serviço público tem feito com que profissionais de grande qualidade migrem para iniciativa privada, gerando perda significativa de capital intelectual ao setor público. Diante disso, é fundamental a ampla discussão das questões remuneratórias buscando soluções mais abrangentes e diferenciadas, de forma a materializar, em favor do contribuinte, um serviço público valorizado e uma Administração Pública de qualidade.

Mesmo que o STF já tenha se posicionado a esse respeito na ADIn. 2.061-7, a realidade não se altera. Veja-se a ementa do julgado, com relatório do Min. Ilmar Galvão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N. 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998).

Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF.

Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC n. 19/98.

Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister.

Procedência parcial da ação.

No mesmo sentido, o posicionamento do TCE/MG, assim ementado, em feito da relatoria do Conselheiro Hamilton Coelho:

CONSULTA – CÂMARA MUNICIPAL – REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – I. PERÍODO SEM REVISÃO GERAL ANUAL – ATUALIZAÇÃO DA REMUNERAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ABRANGÊNCIA DE EXERCÍCIOS ANTERIORES – II. PROPOSTA DE REVISÃO – PROJETO DE LEI REJEITADO – CONSIDERAÇÃO DA INFLAÇÃO À ÉPOCA DO PROJETO – POSSIBILIDADE – III. UNICIDADE DE ÍNDICES – INCIDÊNCIA SOBRE SUBSÍDIOS E/OU VENCIMENTOS DE TODOS OS SERVIDORES E AGENTES POLÍTICOS DE CADA PODER OU ÓRGÃO – IV. REVISÃO EM ANO ELEITORAL – AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO TEMPORAL

1. Não observada a periodicidade anual mínima prevista para a revisão geral anual, o instituto deve ser concedido com base no período de inflação equivalente ao intervalo de tempo em que permaneceu sem atualização da remuneração, podendo abranger inclusive exercícios passados. 2. Na efetivação da atualização remuneratória, é possível considerar período inflacionário que já serviu de base para proposta de revisão, mas cujo projeto de lei foi rejeitado (art. 67 da CR/88). 3. O índice oficial adotado para recomposição salarial em razão das perdas inflacionárias deverá ser único e incidir isonomicamente sobre os subsídios e/ou vencimentos de todos os agentes públicos de determinado Poder ou Órgão Constitucional, recomendando-se que o primeiro índice utilizado por qualquer das unidades orgânicas sirva como pa-

râmetro para as revisões a serem realizadas pelas demais. 4. É possível proceder à revisão geral anual dos subsídios e vencimentos dos agentes públicos em eleitoral, mesmo nos 180 dias que antecedem o final do mandato dos respectivos titulares de Poder (art. 21, da LRF, c/c art. 37, X, da CR/88).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, t. III, p. 105 e segs.

JUNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. 4, p. 2205 e segs.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 334/5.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Ma2012, p. 683 e segs.

SILVA JUNIOR, Azor Lopes da. *Constituição Federal Interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 4. ed. Costa Machado (org.); Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.). Barueri: Manole, 2013, p. 260 e segs.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 881.

3

UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A TUTELA ANTECIPADA PELO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

Fabício Simão da Cunha Araújo¹

RESUMO

O presente trabalho pretende aprofundar a análise quanto à categoria jurídica da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa. Para tanto, necessário verificar se se encontra inserida no gênero tutelas de urgência em que se inclui a tutela antecipada genericamente considerada e a tutela cautelar. Após, se buscará revisitar a concepção de lealdade processual e litigância de má-fé, além de abordar, analisar e elencar as condutas previstas normativamente como afastadas da lealdade processual. Feito, analisar-se-á o que se pode compreender como abuso do direito de defesa que autorizaria a antecipação de tutela em cotejo. Com essas incursões, concluir-se-á se, configurada a conduta violadora da lealdade processual do réu em determinados casos, preenchidos os demais requisitos, é ou não obrigatória a concessão de antecipação de tutela, independentemente da formulação de pedido pela parte beneficiada e oitiva das partes prejudicada.

ABSTRACT

The present work aims at deepening the analysis regarding the legal category of legal guardianship anticipation for abuse of the right of defense. Thus, it was necessary to verify if it is included in

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas. Ex-professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/Minas.

the emergency guardianship category in which are present anticipated guardianship and injunctive guardianship. Then, it will be revisited the concept of procedural loyalty and bad faith litigation, besides approaching, analyzing and listing legally conceived conducts as being out of procedural loyalty. Ensuingly, it will be analyzed what is conjectured as abuse of the right of defense which could allow the anticipation of the required guardianship. Therefore, it will be concluded, in case of being established the procedural loyalty transgressing conduct by the respondent in certain cases, being met the requirements, if it is compulsory the concession of anticipated guardianship, independently from the submitted request by the benefited party and the aggrieved party hearing.

1. INTRODUÇÃO

No centro da concepção de Estado Democrático está o processo jurisdicional, como espaço procedimental cognitivo-argumentativo que garanta aos interessados a protagonista participação na atividade estatal de individualização das normas jurídicas abstratas e genéricas.

Contudo, o direito fundamental de acesso à justiça ou de auto ilustação pelo processo, na esteira da teoria neoinstitucionalista, pressupõe que o procedimento se desenvolva com irrestrito respeito e adesão às garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, o que, por sua vez, só pode ocorrer com observância da lealdade processual entre os sujeitos processuais.

Por isso, no presente trabalho se pretende investigar as semelhanças e/ou diferenças entre os atos processuais de litigância de má-fé, ou como se prefere denominar, condutas afastadas da lealdade processual e a antecipação de tutela pelo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, bem como delinear as implicações das relações entre os dois institutos.

Com o fim de estabelecer desde já um recorte metodológico, vale ressaltar que o presente estudo não visa abordar os demais requisitos para concessão da tutela antecipada referida, a saber, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e a inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, II, § 2º, do Código de Processo Civil).

Não obstante, é necessário fazer breve digressão a respeito da antecipação de tutela.

2. TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é normalmente classificada como espécie do gênero tutela de urgência. Esse gênero também teria como subespécie a tutela cautelar. A característica que marca e congrega esse gênero (tutelas de urgência) é a incompatibilidade existente entre o tempo regular de duração do processo com a preservação do direito que ele visa resguardar.

Em outras palavras, o tempo é inimigo da efetividade da tutela.² É o que se denomina *periculum in mora*, sendo valiosos os esclarecimentos de Calamandrei. Segundo o jurista italiano, o perigo da demora abrange (I) a necessidade de evitar um dano ou seu agravamento, (II) a urgência, no sentido de que o procedimento ordinário é incompatível com mencionada necessidade, bem como (III) a impossibilidade de acelerar a prolação do provimento definitivo.³

Nesse sentido, explicita:

Se eu, credor não munido de título executivo, colocado diante do perigo de perder as garantias do meu crédito, encontrasse no processo ordinário o meio para criar para mim de um dia para outro o título que me falta e para providenciar imediatamente a penhora, não teria evidentemente a necessidade de recorrer ao sequestro conservativo.⁴

Pela antecipação dos efeitos do provimento final, no caso da tutela antecipada, o órgão jurisdicional combate o perigo de inefetividade do processo, concedendo ao autor os efeitos práticos da procedência do pedido formulado, antes do fim do procedimento ordinário, invertendo o ônus do tempo.

² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 412.

³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p. 35 a 37.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 38.

Essa é a classificação atribuída ao instituto da antecipação de tutela por diversos processualistas pátrios.⁵

É necessário, contudo, fazer a distinção de que há dois casos em que a antecipação de tutela se daria sem a existência do fator tempo como inimigo da efetividade da tutela. Trata-se da antecipação de tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou a parcela deles, mostrar-se incontrovertidos e da antecipação de tutela quando se tem abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em ambos os casos, vale reforçar, não se cogita da compatibilidade entre o devido tempo do processo constitucional e a preservação do Direito pleiteado. No primeiro caso, a concessão dos efeitos da tutela pleiteada se dá com base no fato de que, não havendo resistência do réu, desnecessária a instrução processual para que se reconheça o direito ao autor.

No segundo caso, a antecipação dos efeitos da tutela se dá para inversão do ônus do tempo, sancionando aquela parte que não se utiliza do processo como veículo de participação na construção das decisões estatais que lhe afetarão, mas como instrumento para retardar o reconhecimento de direito ao autor.

Em outros termos, a demora do processo passa a ser prejudicial para a parte que demonstrou ter interesse pela eternização da demanda a qualquer custo, por exemplo.

Assim, conforme se vem de expor, a antecipação de tutela por abuso de direito de defesa não consiste em tutela de urgência e, por consequência, não tem por finalidade evitar o perecimento do direito da parte autora, sendo irrelevante a presença do *periculum in mora*.

Por outro lado, guarda em comum com as tutelas de urgência o fato de que, no sistema normativo processual pátrio, será sempre provisória. Equivale dizer que será sempre substituída por outra decisão, a definitiva, que a confirmará ou não, após a devida instrução e a cognição exauriente.

Analizados os contornos gerais da tutela antecipada por abuso do direito de defesa, seguindo o recorte metodológico proposto no pre-

⁵ Por todos, vale mencionar o Professor MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *A aplicação da antecipação de tutela no processo de execução*. No prelo, p. 4.

sente ensaio, passa-se à análise das condutas que, violando a lealdade processual, caracterizariam abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

3. CONDUTAS AFASTADAS DA LEALDADE PROCESSUAL

Inicialmente, nesse capítulo deve-se explicitar porque não se adota a terminologia legal do Código de Processo Civil, qual seja, litigância de má-fé.

Com efeito, a adoção de tal terminologia, segundo modestamente nos parece, remete à equivocada conclusão de que para que se configure conduta contrária à lealdade processual seria necessário investigar e constatar o elemento subjetivo da parte voltado a fraudar as finalidades do processo.

Parece equivocada tal conclusão, inicialmente, por não contar com amparo normativo-constitucional. Além da própria terminologia utilizada, como gênero (má-fé) dentro do qual as espécies de condutas se inserem, quando o Código de Processo Civil enumera quais seriam as condutas descumpridoras da lealdade processual, não se tem qualquer outra previsão normativa que prescreva a necessidade de constatação da intenção da parte de valer-se de esper-teza, astúcia ou maquiavelice para fraudar, mentir ou trapacear no espaço processual.

Ademais, exigência nesse sentido significaria outorgar ao órgão jurisdicional, ampla e excessiva discricionariedade na constatação da existência ou não de ato afastado da lealdade processual. Pelo contrário, deve tal constatação ser extraída exclusivamente de parâmetros objetivos, com inafastável amparo normativo.

Com efeito, assim se resguardará (1) o direito de a parte se defender de eventuais acusações de litigância de má-fé sem amparo nos argumentos e provas produzidos no processo, ou seja, de forma solipsista, bem como (2) o direito da parte contrária de que o processo se desenvolverá e servirá à função de construção compartilhada do provimento e não de instrumento para retardar a concessão do Direito a quem ele pertence.

Na medida em que a ampla defesa e o contraditório são garantias que asseguram ao cidadão participação democrática no processo, impõem também um correlato dever de respeitar as garantias processuais constitucionais da parte contrária. Nenhum direito fundamental é garantido pela Constituição ao cidadão sem que, por um motivo lógico, se assegure implicitamente o correlato dever aos demais de respeitá-lo. Basta lembrar o nome atribuído ao Capítulo I do Título II da Lei Fundamental, qual seja, “dos direitos e deveres fundamentais”.

Assim, o dever de lealdade processual impõe às partes não só o dever de agir sem o intuito de fraudar arditosamente o direito da parte contrária e as finalidades da tutela jurisdicional, mas, principalmente, o dever de se abster de praticar condutas que, sem visarem contribuir para a construção do provimento, impliquem na restrição do direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal da parte contrária.

O provimento só poderá ser construído de forma democrática pelos atingidos por seus efeitos na medida em que as condutas veiculadas se pautem pela égide da lealdade processual. Com efeito, a existência de pretensões contrárias e a garantia fundamental inerente à democracia de participar em posição de protagonismo da construção dos provimentos estatais não implica a conclusão de que a defesa de tais interesses no processo de accertamento do direito pode ser feita sem quaisquer limites.

Antes de verificar se o ato processual divorciado da lealdade processual implicará abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, mister elencar quais são as condutas processuais passíveis dessa sanção processual no Código de Processo Civil.

Entre os deveres processuais das partes, no art. 14 se elenca: (I) expor os fatos em juízo conforme a verdade; (II) proceder com lealdade e boa-fé; (III) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; (IV) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; e (V) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.

Regra geral, conforme se verificará, os atos afastados da lealdade processual consistem na violação de um dos deveres mencionados acima.

No intuito de sistematizar os atos previstos no Código de Processo Civil especificamente como afastados da lealdade processual, visto que passíveis de sanção, formulou-se a tabela 1 (em anexo), valendo-se do que está disposto neste diploma legal, catalogando: (A) as condutas previstas; (B) o dispositivo legal em que se a prevê; (C) a sanção prevista; (D) o destinatário de eventual multa; e (E) o responsável para arcar com a mesma.

4. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO

Para que se possa falar em abuso de direito de defesa, mister delinear, ainda que brevemente e sem pretensão de exaustão, o que se deve compreender por direito de defesa no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito pode ser definido como a fusão ou evolução de dois princípios ou sistemas conexos, o Estado Democrático e o de Direito, de forma que, segundo Ronaldo Brêtas, se forje “*sistemas jurídico-normativos consistentes, (...) verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados (...)*”.⁶

Em apertada síntese, o Estado de Direito condensa os seguintes subprincípios: (1) império da lei; (2) separação das funções de Estado; (3) submissão do Estado à lei; e (4) reconhecimento de direitos fundamentais.⁷

O princípio democrático, por sua vez, está ligado de forma imamente com a fonte de legitimação do poder exercido pelo Estado, que é o povo.

Na acepção formal, em poucas palavras, portanto, pode-se qualificar o Estado como Democrático de Direito quando erige como premissas fundamentais: a soberania popular, o respeito da hierarquia das normas, da repartição das funções estatais e dos direitos fundamentais.

Contudo, é necessário mais do que previsão normativa nesse sentido. Pelo princípio democrático, o exercício das funções estatais e o

⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Op. cit.*, p. 57.

⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 51.

direito devem externar, como condição de sua legitimidade, constante conexão com a soberania popular, que se manifesta de duas principais formas: pela ampla participação do povo, em posição de protagonismo, na criação, interpretação e aplicação do Direito (logo, no exercício das funções estatais) e pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Conforme se verifica, portanto, a qualificação democrática somente pode ser conferida ao Estado caso esse assegure “a construção de um *locus* normativo-linguístico assegurador de um *status* democrático”⁸ e, simultaneamente, conceba a previsão normativa de direitos fundamentais com tamanha efetividade que o diploma que os prescreve seria, a bem da verdade, título executivo extrajudicial.⁹

E essa é exatamente a tensão que serve como norte para este estudo. Ao mesmo tempo em que a defesa de uma tese em juízo deve ser a mais ampla possível, para que se possa conferir ao cidadão a condição de protagonista nos processos de (re)construção do direito, esse “*locus* normativo-linguístico” tem que ser apto, vale dizer, efetivo, para assegurar a fruição dos direitos previstos normativamente, de especial forma, os fundamentais.

A ampla defesa é garantia fundamental do cidadão e pedra angular do modelo democrático de Estado, consagrado em nosso ordenamento no art. 5º, LV, da Constituição brasileira. É essa garantia fundamental que assegurará ao cidadão participar ativamente das atividades estatais, na criação, interpretação e aplicação do Direito.

Essa garantia não pode ser interpretada exclusivamente como direito de resistir a uma demanda em juízo. Pelo contrário,

A ampla argumentação como garantia das partes e não como direito subjetivo de uma parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apro-

⁸ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28.

⁹ LEAL, Rosemíro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: MACHADO, Felipe Deniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

priado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perqueridas.¹⁰

No modelo constitucional de processo, deve ser compreendido como ampla defesa de uma tese, em outras palavras, Direito do autor e do réu, do qual decorrerá o direito à prova, o direito à assistência por advogado, o direito a uma extensão temporal razoável do processo para se reconstruir devidamente os fatos e se discutir amplamente qual a norma jurídica aplicável ao caso concreto.¹¹

Delineado superficialmente o que se pode compreender como direito de defesa no Estado Democrático de Direito, seja na perspectiva neoinstitucionalista (garantia de acesso e participação protagonista do *locus* normativo linguístico assegurador de um *status* democrático), seja no modelo constitucional de processo (direito de ampla defesa de uma tese), é possível vislumbrar, ainda que sem pretensão de exaustão, considerando a brevidade da presente investigação, seus contornos mais palpáveis.

Com efeito, nem a insistência da parte por uma prova, nem a veiculação de argumentação jurídica inovadora, com amparo normativo, ainda que extremamente minoritária, tampouco a exigência de tempo suficiente para formulação de arrazoados ou outras condutas nesse sentido podem ser tidas por abuso de direito de defesa.

Por outro lado, quando não se utiliza do ambiente processual (consequentemente do direito de defesa) como garantia para participar da construção do provimento estatal pela prevalência lógico-racional do melhor argumento, a pretensão ou resistência deduzidas em juízo não se qualificam como atuação legítima da parte.

Isso porque, se a democracia se erige (conforme já delineado) em duas pedras fundamentais, quais sejam, a participação protagonista do cidadão (pelo processo) na construção do Direito e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, quando a atuação processual do cidadão não veicula a realização do sufrágio¹² no ambiente processual-

¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 24-25.

¹¹ *Ibidem*.

¹² O direito de sufrágio, um dos pilares da democracia, não significa unicamente o direito ao voto. O voto é instrumento do direito de sufrágio e este reflete a soberania difusa in-

jurisdicional, só contribui para a despositivação tácita dos direitos e garantias fundamentais, a começar pelo acesso à jurisdição da parte contrária (art. 5º, XXXV, da CB).

De fato, então, sendo a ampla defesa pedra angular inafastável, incambiável e intransigível do sistema jurídico democrático porque visa garantir o direito de autoilustração jurídica pelo processo, é razoável afirmar que se a atuação processual é diversa da participação na construção de provimento estatal pela influência do melhor argumento, sequer haveria exercício do direito de defesa.

Nessa esteira, portanto, seria equivocada, *data venia*, a expressão abuso do direito de defesa. Conforme leciona Rosemiro Pereira Leal, “defesa abusiva é inegável paradoxo, porque, se é direito de defesa, não pode ser abusivo. Direito de defesa é instituto processual que se define atualmente pelos conteúdos de garantia constitucional, não tendo, por conseguinte, *in se*, abusividade intrínseca”¹³.

Nessa vereda, considerando a compreensão constitucional do direito de defesa como ampla defesa de uma tese e como direito de participar da construção da decisão estatal pela influência do melhor argumento, tem-se que a expressão utilizada no art. 273, II, não elenca dois gêneros diversos de atuação processual. Vale dizer, não é possível identificar uma hipótese de atuação processual em que o manifesto propósito protelatório não implicasse ao mesmo tempo “abuso do direito de defesa”. Sempre que houver manifesto propósito protelatório haverá “abuso do direito de defesa”.

A questão é então verificar no ambiente processual se a atuação da parte é no exercício do direito de defesa e, não sendo, se passa a ter conduta processual afastada da lealdade processual. Mas não se pode pretender fundamentar a constatação do descumprimento da lealdade processual em eventual intenção artilosa da parte ao praticar determinado ato processual, sob pena de se colocar em acentuado risco a garantia fundamental de ampla defesa.

vestida no povo. Assim, além da universalização do direito ao voto, o direito de sufrágio implica garantir a todos os cidadãos dentre, outros direitos, a participação eficaz nos processos deliberativos que os afetem, especialmente nos jurisdicionais.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146.

A atuação em desconformidade com a lealdade processual deve ser constatada, de forma objetiva, a partir de critérios externos à atividade processual da parte, provados no processo, com respeito ao contraditório. Conforme leciona Brêtas, “a teoria do abuso do direito no processo civil jamais poderá implicar negativa do direito de demadar ou de defesa a quem quer que seja”.¹⁴

Por esses motivos formulamos a tabela II como proposta (inicial) de demarcação de atuações que permitiriam a antecipação de tutela com fulcro no art. 273, II, do Código de Processo Civil, levando em conta que a conduta neles prescrita, caso constatada objetivamente, sempre externa atuação processual despojada da ampla defesa, afastada da lealdade processual e, por consequência, antidemocrática.

Nessa tabela, catalogou-se as condutas narradas, o respectivo dispositivo legal e sanção processual especificamente prevista para cada uma.

5. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Na esteira do que se expôs, foi possível perceber que a tutela antecipada por abuso do direito de defesa não se enquadra na categoria jurídica de tutela de urgência, não tendo como escopo combater os efeitos deletérios do tempo sobre a efetividade da tutela, mas, sim, sancionar a conduta ilegítima da parte.

Nesse sentido, considerando se tratar de sanção processual, apresenta-se conflito aparente de normas para ser solucionado.

Se de um lado o art. 273 prescreve que a tutela antecipada só poderá ser concedida quando houver requerimento da parte, de outro lado, em se tratando de sanção processual, configura matéria de ordem pública e, dessarte, deve ser concedida de ofício pelo órgão jurisdicional, com fulcro no art. 125, em especial, inciso III (ambos do Código de Processo Civil).

Parece-nos, sempre destacando a provisoriedade da proposta, que deve prevalecer interpretação sistemática do diploma processual, a fi-

¹⁴ BRÊTAS, Ronaldo. *Fraude no Processo Civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 37.

nalidade à qual o instituo se propõe, bem como o fato de que se trata de espécie de sanção processual e não de espécie de tutela de urgência.

A inversão do ônus do tempo resguardará de melhor forma o direito fundamental da parte autora ao processo e a efetividade dos direitos previstos normativamente, ambos pilares do princípio democrático.

É que a aplicação de eventual multa, via de regra, mostra-se inócua para os fins a que se destina uma sanção processual, como ocorre em processos com reduzido valor da causa ou em que o réu tem precárias condições econômicas. Em casos como esses, a satisfação do valor da multa acaba transformando-se no objeto principal do processo, desvirtuando a finalidade dessa garantia fundamental.

Portanto, caso estejam presentes os demais requisitos autorizados da concessão da tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança da alegação e reversibilidade), o órgão jurisdicional deve dar preferência a essa sanção processual em detrimento de eventual multa especificamente prevista para o caso, independentemente de pedido da parte.

Vale destacar que a inversão do ônus do tempo pela antecipação de tutela, caso seja revertida ao final do processo, por fato ou fundamento superveniente, ensejará, se for o caso, indenização do réu pelos danos sofridos, considerando que a responsabilidade da outra parte ou do Estado é objetiva, nos termos do art. 811, I, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia.¹⁵

A conclusão pela possibilidade de concessão do provimento antecipado de ofício pelo juízo, certamente, não significa prescindir do prévio contraditório, conforme ensina Leal,¹⁶ considerando que o instituto da tutela antecipada está situado no Livro I do CPC, “*Do Processo de Conhecimento*” e que esse não se rege pelo contraditório diferido.

¹⁵ 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.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 131.

Ademais, a espécie de antecipação de tutela que se elegeu como objeto do presente trabalho sempre será deferida quando ausente o perigo da demora. Não só é prescindível o *periculum in mora* para a concessão dessa espécie de antecipação de tutela como também é certo afirmar que, presente o perigo da demora, a concessão da tutela antecipada será feita com fulcro nesse fundamento e não no abuso de direito de defesa, o que autorizará a inversão do contraditório.

Equivale dizer que, não havendo necessidade para abreviação do procedimento, o contraditório não poderá ser diferido.

6. CONCLUSÃO

Por tudo que se vem de expor, consignando sempre que a brevidade do estudo não permite apontar respostas peremptórias, conclui-se modestamente que o exercício da ampla defesa, no Estado Democrático de Direito, equivale à garantia ao cidadão de participar do processo de forma protagonista o suficiente para veicular a realização do sufrágio no ambiente processual-jurisdicional.

Eventual atuação processual apartada da construção do provimento estatal pela prevalência lógico-racional do melhor argumento não configura exercício de ampla defesa e, caso constatada objetivamente, respeitado o contraditório, é passível de sanção, pois se afasta do dever de lealdade processual.

Caso presentes os demais requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança da alegação e reversibilidade), o órgão jurisdicional deve dar preferência a essa sanção processual em detrimento de eventual multa especificamente prevista para o caso, desde que a antecipação seja compatível com o estágio procedimental e que haja prévia oitiva do réu, a quem se imputa a conduta afastada da lealdade processual.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRÊTAS, Ronaldo. *Fraude no Processo Civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Buenos Aires: EJEA, 1971.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: MACHADO, Felipe Deniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A aplicação da antecipação de tutela no processo de execução. no prelo, s/d.

TABELA 1

	Conduta afastada da lealdade processual	Artigo	Sanção	Destinatário	Responsável
1	Não cumprir com exatidão o provimento mandamental	14, V, e parágrafo único	multa de até 20% do valor da causa	Estado	a critério do juízo
2	Criar embaraços para efetivação de provimento antecipatório ou final	14, V, e parágrafo único	multa de até 20% do valor da causa	Estado	a critério do juízo
3	Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso	17, I	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte
4	Alterar a verdade dos fatos	17, II	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte
5	Usar do processo para conseguir objetivo ilegal	17, III	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte

6	Opor resistência injustificada ao andamento do processo	17, IV	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte
7	Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo	17, V	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte
8	Provocar incidentes manifestamente infundados	17, VI	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte
9	Interpor recurso com intuito manifestamente protelatório	17, VII	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%	outra parte	parte
10	Usar do processo para praticar ato simulado	129	sentença que obste tal fim	n.a.	n.a.
11	Inserir cotas marginais ou interlineares aos autos	161	multa de 1/2 SM e riscá-las	indefinido	advogado
12	Não devolver os autos em 24hs depois de intimado	196	multa de 1/2 SM e riscá-las	indefinido	advogado

13	Requerer a citação por edital, alegando de forma falsa os requisitos para tanto	233	multa de 5 SM	outra parte	parte
14	Abuso de direito de defesa	273, II	antecipação dos efeitos do pedido do autor	n.a.	n.a
15	Manifesto propósito protelatório	273, II	antecipação dos efeitos do pedido do autor	n.a.	n.a.
16	Descumprir obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa determinada judicialmente	287, 461, 461-A e 645	multa arbitrada suficiente e compatível com a obrigação	indefinido	parte
17	Não pagar quantia certa em 15 dias após o trânsito em julgado	475-J	multa 10% do valor da condenação	outra parte	
18	Interpor embargos de declaração manifestamente protelatórios	538, parágrafo único	multa 1% valor da causa, elevada até 10% caso reiteração	outra parte	parte

19	Interpor agravo interno manifestamente inadmissível ou infundado contra decisão do relator que negou ou deu provimento ao recurso monocraticamente	557, § 2º	multa entre 1 e 10% do valor da causa, e negativa de seguimento a outro recurso enquanto o valor não for pago	outra parte	parte
20	Fraudar a execução	600, I	multa de até 20% do valor da execução	outra parte	parte
21	Empregar ardis e meios artificiosos para resistir à execução	600, II	multa de até 20% do valor da execução	outra parte	parte
22	Resistir injustificadamente às ordens judiciais	600, III	multa de até 20% do valor da execução	outra parte	parte
23	Não indicacar bens passíveis de penhora em cinco dias após intimado	600, IV	multa de até 20% do valor da execução	outra parte	parte
24	Descumprir obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa determinada judicialmente	287, 461, 461-A e 645	multa arbitrada suficiente e compatível com a obrigação	indefinido	parte
25	Não pagar alimentos provisionais ou não justificar a impossibilidade	733, § 1º	prisão	n.a.	parte

TABELA 2

	Condutas que autorizam a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa	Artigo do CPC	Sanção
1	Não cumprir com exatidão provimento mandamental	14, V, e parágrafo único	multa de até 20% do valor da causa
2	Criar embaraços para efetivação de provimento antecipatório ou final	14, V, e parágrafo único	multa de até 20% do valor da causa
3	Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso	17, I	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%
4	Alterar a verdade dos fatos	17, II	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%
5	Usar do processo para conseguir objetivo ilegal	17, III	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%
6	Opuser resistência injustificada ao andamento do processo	17, IV	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%
7	Provocar incidentes manifestamente infundados	17, VI	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%
8	Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório	17, VII	multa 1% valor da causa + indenização da outra parte em até 20%
9	Usar do processo para praticar ato simulado	129	sentença que obste tal fim
10	Não devolver os autos em 24hs depois de intimado	196	multa de 1/2 SM e riscá-las
11	Requerer a citação por edital, alegando de forma falsa os requisitos para tanto	233	multa de 5 SM
12	Interpor embargos de declaração manifestamente protelatórios	538, parágrafo único	multa 1% valor da causa, elevada até 10% caso reiteração

13	Interpuser agravo interno manifestamente inadmissível ou infundado contra decisão do relator que negou ou deu provimento ao recurso monocraticamente	557, § 2º	multa entre 1 e 10% do valor da causa, e negativa de seguimento a outro recurso enquanto o valor não for pago
----	--	-----------	---

4

A CRISE SECULAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José do Carmo Veiga de Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito analisar a admissão e/ou a inadmissão do recurso extraordinário desde a vigência da Constituição Republicana de 1891 e assim nas demais que se seguiram até se alcançar a de 1988. Enfoca, ainda, as intervenções regimentais do próprio Supremo Tribunal Federal visando reduzir o acesso à jurisdição constitucional por meio do recurso extremo, considerando, ainda, que tais medidas foram adotadas até mesmo em virtude do excessivo volume de processos que a norma constitucional lhe permitiu que fossem enviados ao longo de sua História, transformando-lhe, nesse patamar, numa última instância recursal. Para alcançar tal desiderato, espelhando-se na Suprema Corte dos Estados Unidos como paradigma para fixar sua competência constitucional.

ABSTRACT

The present work aims at analyzing the extraordinary appeal's admission or refusal since the validity of 1981 republican constitution and also in the subsequent ones until that of 1988. It focuses yet on the regime interventions by the Federal Supreme Court which aims at

¹ Doutorando em Direito Econômico e Político pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP. Mestre em Direito Processual pela PUC MINAS. Professor de Direito Civil e Processual Civil da PUC Minas. Desembargador da 10^a Câmara Cível do TJMG.

reducing the access to constitutional jurisdiction through the highest appeal, still considering that such measures were adopted due to excessive amount of procedures allowed by the constitutional norm to be sent along its history, making of it, at such point, a last instance of appeal. To achieve such aim, it was mirrored on the American Supreme Court as a paradigm to set its constitutional competence.

1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário fora “adotado” pela primeira Constituição Republicana, de 1891, e assim, nas Constituições brasileiras, na legislação infraconstitucional e disciplinado nos Regimentos Internos pelo Supremo Tribunal Federal. Mas, a primeira ordem constitucional alcançou a sua primeira Reforma, em 1926, em razão das chamadas “*crises do Supremo Tribunal Federal*”, no que tange ao recurso extraordinário, nascendo, aí, uma “*crise crônica*” que perdura até os dias atuais. Essa constatação ocorre, naturalmente, sob o olhar de quem, há mais de trinta e cinco (35) anos, está umbilicalmente vinculado às funções judiciárias, em todos os momentos da entrega da prestação jurisdicional e que pouco reconhece daquele Judiciário de então, à luz da realidade dos dias que correm.

No entanto, apesar de não experimentar diretamente dos seus efeitos, mas, na condição de integrante do Judiciário, ou, melhor dizendo, dos órgãos fracionários em razão do exercício das funções da Judicatura, e sendo um daqueles que se atrevem a estudar a temática, termina por compreender a motivação de tantas e tantas reformas constitucionais e regimentais. Todavia, é de se frisar que, sem, de fato, gerar os efeitos que todos reclamam: a celeridade na prestação jurisdicional.

Para isso, é necessário fazer uma análise, quase que uma regressão, sem qualquer outra conotação que não seja aquela que o próprio vocábulo expressa, no sentido de se buscar na gênese constitucional a motivação que fora identificada quando da vigência da Primeira Reforma da Constituição Republicana, a partir de 24 de fevereiro de 1891. Constata-se, apesar de recorrente, a existência de uma questão norteadora de todo esse processo para, de tempos em tempos, uma nova Reforma Constitucional ou, simplesmente Regimental, objeti-

vando debelar mais uma crise firmada num único esteio: o volume de recursos extraordinários chegantes ao Pretório Excelso.

Algumas indagações são de caráter imperativo e inevitável: quais as medidas adotadas para reduzir a admissão de recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal? Como prestar a jurisdição diante dessa extraordinária massa recursal submetida à análise dos seus Ministros? As medidas que foram adotadas ao longo dos tempos cercearam o direito de acesso à jurisdição constitucional?

Vamos, portanto, buscar respostas a essas inquietantes perguntas, com o propósito único de oferecer uma modesta contribuição ao meio acadêmico e jurídico a respeito desse tema que é tão instigante. Partiremos da premissa de que o recurso extraordinário é o último dos recursos que o cidadão poderia lançar mão para efeito de se buscar a derradeira esperança de se alcançar o ideal de justiça, embora seja tão aflitiva a expectativa que se lhe impõe para efeito de se ver admitido e apreciado pelo Excelso Pretório, se vencido o juízo de sua admissibilidade pelos Tribunais Estaduais.

Como se sabe, o ser humano tem por característica e muitas das vezes um verdadeiro traço de personalidade: o ato de discordar de qualquer decisão que lhe seja contrária, máxime em sendo proferida por um juízo de primeiro grau. Essa postura fica mais evidente se há possibilidade que autorize o desafio de um recurso² para outro grau de jurisdição,³ visando postergar o seu cumprimento ou, então, um reexame da matéria decidida, pretendendo novo posicionamento a respeito da temática julgada em instâncias inferiores e, preferencialmente, que lhe seja favorável.

² Recurso é um meio de submeter uma resolução judicial, antes que adquira o caráter de coisa julgada, a um novo exame por uma instância superior, sustando, assim, a formação da coisa julgada. Essa suspensão da entrada na coisa julgada (efeito suspensivo) e a aquisição da competência por um Tribunal superior (efeito devolutivo) é o que caracteriza os recursos.

³ As nações civilizadas, de modo geral, adotam o princípio do duplo grau de jurisdição, isto é, a possibilidade de se reverem decisões judiciais por órgãos hierarquicamente superiores. O inconformismo com a decisão única é manifestação comum do ser humano, por mais justa que se possa apresentar. (...) O recurso é meio específico para impugnar decisões judiciais.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1891, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1925

A vigência da Constituição de 1891 trouxe a permissão de se interpor o recurso extraordinário⁴ diretamente para o Supremo Tribunal Federal, em virtude do proferimento de sentença no juízo de primeiro grau de jurisdição. É de se observar que ainda não havia sido prevista a existência da Justiça Estadual no Texto Maior, de modo que, na verdade, estaria se permitindo um amplo acesso à jurisdição em todos os níveis da manifestação jurisdicional.⁵

Com o passar dos anos, em 1925/1926, o Congresso Nacional, por iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, tomou a decisão de “*promover*” uma reforma constitucional, com o objetivo de revisar o sistema recursal em sua modalidade extraordinária. Isso decorreu em virtude de se encontrar o Excelso Pretório assoberbado de trabalho,

⁴ Não havia na Constituição de 1891 o nome “recurso extraordinário”. Era como se fosse um “recurso”, sem qualquer denominação ou, mesmo, inominado, como ocorre hoje na Lei n. 9.099/95, quando trata do que pode ser chamado de “recurso de apelação” das sentenças dos seus Juízes de “primeiro grau”. A nomenclatura “recurso extraordinário” foi adotada na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, segundo consta do texto do seu art. 76, n. 2, inciso III, que assim estabeleceu: “Art. 76 – A Corte Suprema compete: 2) julgar: III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal.”

⁵ Art. 59 – (...) § 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

o que vinha trazendo grave “*perturbação*” ao curso da prestação jurisdicional.

Havia a necessidade de fazer implementar uma mudança de seus dispositivos para efeito de se permitir, doravante, que os recursos que eram interpostos diretamente ao Supremo Tribunal Federal contra as sentenças que decidiam matéria constitucional, conforme previsão expressa no dispositivo constante do § 1º, art. 59, da primeira Constituição Republicana, passariam a ser decididos, soberanamente, pelos Tribunais Estaduais.⁶

Destarte, sempre ocorreu ao longo dos tempos um inconformismo de parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal com relação ao volume de trabalho que lhe era acometido por força de disposições constitucionais. Buscou-se, sempre, uma alternativa para se evitar a admissão de recursos extraordinários, criando cláusulas limitativas e obstativas de acesso ao Pretório Supremo, objetivando ao longo de toda a sua história, a limitação de acesso à instância máxima do Judiciário brasileiro. É evidente que o móvel desse tipo de impedimento consistia na redução cada vez mais crescente do número de recursos extremos que poderiam ser examinados naquela Corte.

Essa foi uma realidade permanente em todas as Constituições brasileiras. Mais tarde, com o agravamento dessa situação, foram tomadas algumas medidas, mais específicas, inclusive de caráter regimental, sempre com o mesmo propósito.

⁶ “Justificando o novo dispositivo, assim se manifestou a comissão dos 21 da Camara dos Deputados: “o texto vigente da Constituição, contido na letra a do § 1º do art. 59, tem suscitado numerosas e notáveis controvérsias e facilitado por tal fôrma o recurso das sentenças dos juizes dos Estados para o Supremo Tribunal Federal, que o accumulo de serviço neste lhe tem perturbado a regularidade das funções. A emenda procura evitar esse mal, tornando positivo que, na hypothese, só caberá recurso de decisão do tribunal do Estado para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a vigência e a validade das leis federaes, em face da Constituição. Desde que o tribunal local com sidera a lei vigente, ou a lei valida em face da Constituição, decide soberanamente. O recurso é só para o caso em que elle baseie sua sentença na inapplicabilidade da lei, por vício de inconstitucionalidade ou na sua não existência. A hypothese de errônea applicação não legitima o recurso...”

3. MAIS INTERVENÇÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Lei n. 3.396, de 2 de junho de 1958, estabeleceu os tramites dos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, de modo que deveria observar, também, as disposições regimentais para essa tramitação. No entanto, diante do volume de recursos extraordinários dirigidos e em curso no Supremo Sodalício, fora determinada a realização de uma espécie de “*triagem*” dos extraordinários em sua fase de interposição perante os Tribunais Estaduais. Destarte e, para conter essa onda de recursos diretamente ao Supremo Tribunal Federal, fora conferido aos seus respectivos Presidentes dos Tribunais de Apelação poderes suficientes para que procedessem ao exame do que se chama hoje de “*requisitos de admissibilidade recursal*”, permitindo-lhes, ainda, o “*poder*” de denegar-lhes seguimento e remessa à Corte Suprema.

Posteriormente, em 1963, portanto, cinco (05) anos mais tarde, depois dessa mudança legislativa, adotou-se uma “*nova solução*”, até mesmo por ausência de mecanismos próprios e adequados a condicionar o volume de julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, foi proposta a organização e edição de súmulas da jurisprudência do Excelso Pretório. Esse procedimento traria, como consequência inafastável, um limitador à admissibilidade ao recurso extraordinário, proporcionando amparo aos Presidentes dos Tribunais Estaduais para efeito de inadmitir o apelo extremo, em virtude do seu não conhecimento, quando o caso concreto assim o permitisse, segundo os parâmetros sumulados.

Todavia, ainda não foi suficiente à solução do problema. Em 1965, tomou-se nova medida, dessa feita em sede regimental, de modo que aqueles recursos extremos que se encontrassem em tramite na Suprema Corte por mais de dez (10) anos e sem julgamento, os seus respectivos Relatores convocariam as partes litigantes para, no prazo de noventa (90) dias, manifestarem seu interesse quanto ao andamento do feito. Mas, se permanecessem em silêncio, apesar da intimação procedida e, se fosse dispensado o seu julgamento pelo Colegiado, o recurso seria considerado como sem objeto ou mesmo como se o

tivesse perdido, com o conseqüente arquivamento dos autos. Isso foi adotado por meio de uma simples emenda regimental.

Devido à sua grande atuação e preocupado com os destinos da Suprema Corte brasileira, ainda o Ministro Victor Nunes Leal buscou identificar outras formas que poderiam contribuir, por uma vez mais, com a redução do número de recursos àquela instância judiciária máxima do País. O foco era que o Supremo Tribunal Federal perdesse a característica que muitos viam e desses muitos pensam até hoje, que o Pretório Excelso trata-se apenas de mais uma instância recursal.

Para viabilizar essa mudança de paradigma, entendeu-se de considerar a redução da competência máxima daquela Corte, suprimindo-se os recursos extraordinários quando se tratasse de violação da legislação federal. Para isso, seria necessário fazer uso prévio de ação rescisória, mediante criação de outra Turma, além da separação entre matéria constitucional e infraconstitucional. Seria um passo para fazer a distinção entre competência constitucional e infraconstitucional, hoje aplicada entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por força da Constituição da República, de 1988.

Apesar disso, foram necessárias outras medidas com a mesma pretensão. Chegou-se à conclusão de que a criação de uma cláusula suficientemente precisa era bastante para se alcançar o propósito de diminuição e, por que não, restrição do acesso à instância máxima do País, de modo que contribuiria imensamente para essa pretensão. Para isso, nasceu a *arguição de relevância*, que deveria ser apresentada, em capítulo próprio, na petição que apresentasse a interposição do recurso extraordinário, funcionando como uma “*condição de admissibilidade do recurso extremo*”.

Essa exigência, de origem pretoriana, fora disciplinada na Suprema Corte em seu Regimento Interno, nascendo, formalmente, por meio da Emenda Regimental n. 3, de 12 de junho de 1975, inserta no seu art. 308.⁷

⁷ “Art. 308. Salvo nos caso de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas: I – nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles rela-

Em 13 de abril de 1977, a Emenda Constitucional n. 7, acolheu aquela Emenda Regimental e transpôs o “*instituto da arguição de relevância*” para a Constituição de 1967, mantido que fora pelo Regimento do Supremo Tribunal Federal, em 1980, posteriormente revogado com a vigência da Constituição de 1988, que a excluiu do seu texto. Mas, enquanto vigeu, sua previsão constava expressamente do art. 328 e §§ 1º a 3º do Regimento Interno do Excelso Pretório⁸.

cionadas; II – nos *habeas corpus*, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III – nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV – nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V – nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI – nas execuções por título judicial; VII – sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que autor intente de novo a ação; VIII – nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinados pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única. (...) § 3º *Caberá privativamente ao STF o exame da arguição de relevância da questão federal.*” (Grifos nossos).

⁸ “Art. 328: A arguição de relevância da questão federal será feita em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário, onde o recorrente indicará, para o caso de ser necessária a formação de instrumento, as peças que entenda devam integrá-lo, mencionando obrigatoriamente a sentença de primeiro grau, o acórdão recorrido, a própria petição de recurso extraordinário e o despacho resultante do exame de admissibilidade. § 1º: Se o recurso extraordinário for admitido na origem (art. 326), a arguição de relevância será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos originais do processo. § 2º: Se o recurso extraordinário não for admitido na origem (art. 326), e o recorrente agravar do despacho denegatório, deverá, para ter apreciada a arguição de relevância, reproduzi-la em capítulo destacado na petição de agravo, caso em que um único instrumento subirá ao Supremo Tribunal Federal, com as peças referidas no *caput* deste artigo. § 3º: A arguição de relevância subirá em instrumento próprio, em dez dias, com as peças referidas no *caput* deste artigo e a eventual resposta da parte contrária, quando o recurso não comportar exame de admissibilidade na origem (art. 326), e também quando, inadmitindo o recurso, o recorrente não agravar do despacho denegatório.”

Não se deve perder de vista que essa mudança teve inspiração em alguns princípios que foram adotados em razão de precedentes da *common law* americana, que considerava como relevantes as questões constitucionais e as de natureza legal ou infraconstitucional, sendo que estas deveriam versar sobre atribuições de autoridade de nível elevado, ou que lidassem com interesses de coletividades; as que se referissem a algum instituto tributário, também relevante para número indeterminado de pessoas; aquelas que fossem relativas à interpretação de uma lei que alcançasse considerável número de servidores públicos, bem como que se referissem a uma norma legal que, em sendo aplicada, atingiria um largo ramo da indústria e do comércio; e, finalmente, que se referisse a um dissídio da jurisprudência pátria em torno de lei aplicada com tal intensidade que, deixasse de ter relevo se a interpretação razoável da lei fosse contrariada por uma ou outra decisão, não chegando a firmar uma orientação da jurisprudência.

No entanto e, apesar disso, algumas considerações são relevantes e devem ser trazidas à baila, para efeito de se firmar um argumento que fora apresentado linhas volvidas neste tópico: limitação de acesso à jurisdição constitucional e infraconstitucional.

Retrocedendo-se na linha temporal, vamos encontrar, quando da Reforma Constitucional levada a efeito nos anos de 1925/1926, uma situação bastante emblemática, no sentido de se estabelecer uma verdadeira limitação de acesso à jurisdição constitucional e infraconstitucional, já que basicamente, no que tocou ao Poder Judiciário, não passou da alçada recursal.

Houve reformulação, nesse particular, das disposições constantes do art. 59, § 1º, alínea *a*, criando duas (2) novas hipóteses de cabimento de recurso extraordinário.⁹

⁹ A nova redação do art. 59, § 1º, ficou da seguinte forma: “Art. 59 (...) § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federaes, em face da Constituição, e a decisão do tribunal do Estado lhes negar applicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados, em face da Constituição ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos

Essa matéria é bastante relevante e, assim, sem qualquer trocadilho com a *arguição de relevância*. O fato é que esse novo “*instituto*” fora criado pelo Excelso Pretório via regimental. Contudo, não se cuidou de estabelecer um conceito, nem se definiu, especificamente, o que seria essa “*arguição de relevância*”.

Houve, na ocasião, uma justificativa muito “*interessante*” e que ampara o que vem se afirmando a respeito do acúmulo de trabalho no Pretório Excelso, chegando-se a ponto de se concluir que

...a emenda procura evitar esse mal, tornando positivo que, na hypothese, só caberá recurso de decisão do tribunal do Estado para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a vigência e a validade das leis federaes, em face da Constituição. Desde que o tribunal local considera a lei vigente, ou a lei valida em face da Constituição, decide soberanamente.¹⁰

Vê-se, ainda, que na hipótese prevista na alínea *c*, § 1º, art. 59, retro-transcrito, foram proferidos diversos arestos pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua vigência, para efeito de admissão do recurso extraordinário. Estabeleceu-se que seria necessário o preenchimento de alguns requisitos, dentre eles, comprovação de um acórdão paradigma e, assim, o conflito de decisões proferidas por dois tribunais locais e não por duas instâncias de uma mesma justiça local.¹¹

tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica; e) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

¹⁰ E prosseguiu a justificativa nos seguintes termos: “O recurso é só para o caso em que elle baseie sua sentença na inapplicabilidade da lei, por vício de inconstitucionalidade ou na sua não existência. A hypothese de errônea applicação não legitima o recurso... A emenda cria dois casos novos de recurso dos juizes locais para o Supremo Tribunal Federal. Ambos são de transparente necessidade: o primeiro assegura a igual efficacia da lei nacional em todo o território da mesma pelos tribunaes dos vários Estados; a segunda dá ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das questões de direito criminal ou civil internacional que affectam as relações jurídicas e podem affectar as relações políticas da Republica com os estados estrangeiros. E, de accordo com este parecer, o Supremo Tribunal firmou a doutrina de que, em face da reforma constitucional, só era admissível o recurso extraordinário, na hypothese prevista na letra *a*, quando a justiça local declarava inapplicavel a lei invocada por ser inconstitucional ou por não estar em vigor”.

¹¹ No tocante à hypothese da letra *c*, declarou o Supremo Tribunal em diversos arestos, que, para a admissão do recurso extraordinário, tornava-se mister: *a)*

Em artigo da lavra de Evandro de Lins e Silva, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, abordando a matéria intitulada “*O recurso extraordinário e a relevância da questão federal*”, foi afirmado, com todas as letras, o que de há muito era sabido: a *arguição de relevância* tratava-se, na verdade, de um *pré-requisito de admissibilidade do recurso extraordinário*. Disserta, Sua Excelência, que ao longo do tempo, no período de vigência das Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946, sempre foi preferido, por um maior número de Juízes que integraram o STF, para a hipótese prevista na alínea *a*, inciso III, art. 101, da Constituição, de 1946, que se tivesse havido violação flagrante da lei, ou admitindo-se o apelo pela erronia da interpretação dada à norma legal aplicada ao caso concreto.

Nesse passo, tratava-se da adoção de um critério mais liberal e, assim, era admitido o recurso. No entanto, com a vigência da Constituição de 1967, a história mudou. A referida Carta Magna veio para restringir o recurso extraordinário sob o referido fundamento, estabelecendo a exigência para o seu manejo e conseqüente acolhimento de que tivesse havido na Instância inferior “*negativa de vigência de tratado ou lei federal*”.¹²

Observemos, pois, que o texto em epígrafe, no seu item 3, afirma, ao abordar a questão relativa à “*arguição de relevância*”, que “*não se esgotará a controvérsia sobre esse problema, discutido antes, na própria Corte, em 1965, quando foi posto pela primeira vez como proposição para enfrentar a chamada ‘crise do STF’, que se tornava crônica*”.¹³

O autor, um dos mais eminentes Ministros a integrar a Suprema Corte Brasileira, chega a esboçar um certo “*conceito*” para o termo

que as decisões divergentes constassem de documento autentico e que fossem idênticas, quer a disposição applicada, quer a relação de direito apreciada nas soluções antagônicas dos tribunais locais respectivos; *b*) que a interpretação diferente houvesse sido dada por dois tribunais locais e não pelas duas instancias de uma mesma justiça local”. Em rodapé de página faz-se referência a alguns julgados – ns. 4.596, 4.726 e 4.791, de 11 abril e 5 de setembro de 1928 e 11 de setembro de 1929.

¹² SILVA, Evandro Lins e. *O recurso extraordinário e a relevância da questão federal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1972, v. 255, fascículos 877-878-879, p. 43/46.

¹³ Idem, idem, p. 43.

“*relevante*” e se posiciona como haveria de ser, doravante, para o STF, enfrentar a matéria sob o efeito de sua discricção.¹⁴

Vozes abalizadas e de grande verve jurídica levantaram-se contra a medida adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Para debelar a crise instalada por força do sempre crescente número de processos, seria necessário que houvesse o correspondente crescimento em termos de número de servidores, de turmas, de seções especializadas para os julgamentos, de juízes e tudo o mais que a situação exigia para efeito de se vencer essa grande batalha. Gerou-se, antes, pelo contrário, uma progressiva e constante perda da substância, do conteúdo e de fundamentação quanto às decisões que eram proferidas pelos seus Integranes ao longo dos anos, de modo a se abreviar os votos e acórdãos ao máximo possível. A questão pairou sobre “*linha de produção*” em grande escala.

E as reformas vieram. Todavia, vez uma mais, não foram suficientes a permitir a redução do seu inexorável volume de serviços, pois, a preocupação era patente apenas em evitar que se chegasse ao Supremo Pretório que sempre fora a derradeira esperança de muitos brasileiros em relação à sua demanda, constituindo-se na sua última trincheira: o recurso extraordinário.

Uma das razões que poderia explicar essa triste realidade era exatamente a manutenção da desproporção de um (01) Ministro para cada dez milhões (10.000.000) de brasileiros. Hoje, esses números praticamente dobraram e, apesar disso, foram mantidas as competências nas reformas empreendidas e a elas acrescentando outras tantas, como ocorreu na Constituição de 1967, com a chamada “*avocação de feitos*”,

¹⁴ 9. Dentro de um conceito genérico, a causa é relevante quando traz, em si mesma, um interesse público ou encerra uma garantia fundamental do cidadão. Num exame prévio, o Tribunal dirá se há ou se não há relevância, à sua discricção. Órgão máximo do Poder Judiciário, o STF decidirá, dentro de sua dupla função política e judiciária, com o seu elevado discernimento, quais os casos que comportam ou sugerem a sua intervenção. Ao tino, à circunspecção, à sabedoria, à sensatez dos juízes do STF fica a interpretação do que é relevante, ou seja, aquilo que merece ou exige o seu exame e o seu julgamento. A Corte não ficará imune de críticas nas suas decisões e será estimável que ela consiga encontrar razões convincentes para admitir ou rejeitar a delicada preliminar da relevância, nos casos concretos. (Idem, *ibidem*, p. 45).

além da fixação de interpretação de leis, inclusive as estaduais, sem se olvidar da correição dos Juízes de todas as entrâncias e instâncias em todos os rincões do Brasil.

Esse sempre foi o pano de fundo das justificativas do propósito cada vez mais crescente de limitar o acesso à Instância Suprema do País, objetivando uma grande diminuição na massa recursal em sede extraordinária. Não se pode também olvidar que foi cada vez maior o número de processos ajuizados em primeira instância, de modo que as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário foram sendo reduzidas sem que se criasse qualquer mecanismo de valorização do trabalho nas instâncias inferiores, o que poderia evitar a busca incansável pela instância recursal suprema.

O caminho estava sendo pavimentado para não se permitir a expansão da Corte Suprema, tendo se concluído que o “aumento” do seu número de Juízes não seria a solução, porque teria que se aumentá-lo toda vez que se constatasse o crescimento do número de processos. Mas, apesar disso, foi elevado para dezesseis (16) o número de seus Integrantes e, mais tarde, reduzido novamente para onze (11) Ministros.

Todavia, na época em que esse aumento ocorreu, constatou-se que sua vigência se deu por um período envolto em questões de ordem política. Acreditava-se que, circunstancialmente, algumas vozes dissonantes “*encerrassem suas carreiras*” e, então, seria viável retroceder à composição do Excelso Pretório ao seu número original de apenas onze (11) Ministros... E a crise perpetuou e novas roupagens foram adotadas com o passar dos anos, sempre com as constantes reformas, ora de natureza constitucional, ora regimental.

Vê-se que desde a primeira reforma constitucional – a de 1925/1926 – para se mudar a Constituição de 1891, o propósito foi o de reduzir o número de recursos extraordinários interpostos. Essa foi a mesma estratégia adotada em todas as alterações subsequentes, porque as disposições constitucionais de então autorizavam a interposição de recurso extraordinário a partir das decisões de primeiro grau em nível de Justiça Estadual, embora não prevista constitucionalmente, porque o texto referia-se apenas à Justiça Federal.

Quando veio a tão combatida reforma regimental e, posteriormente, em sede constitucional, como que pretendendo convalidar a

primeira, calçando-a com uma segunda de maior amplitude e solidez – agora, em sede constitucional –, utilizou-se do instrumento que foi nominado de “*arguição de relevância*”, mediante a disposição inserta no § 3º, alínea *c*,¹⁵ do seu art. 119. Isso proporcionou grande poder ao Regimento Interno do STF, por meio dos seus arts. 327 a 329, que dispõem a respeito de seu processamento e julgamento e, assim, da *arguição de relevância*.

O texto da Emenda Regimental que a adotou e mais tarde foi inserida em sede constitucional valeu-se do seguinte teor:

§ 1º Questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

De outro norte e em outros tempos, agora hodiernos, e considerada a nova modalidade estratégica adotada para novamente restringir o acesso à instância constitucional, foi trazida à lume a denominada “*repercussão geral*”, agora por meio da Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, objetivando promover mais uma Reforma no Poder Judiciário. O seu artigo 102, § 3º, assim dispõe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Promulgada a Emenda Constitucional n. 45/2004, havia necessidade de sua regulamentação em nível infraconstitucional. Foi implementada mediante alteração no Código de Processo Civil, já por demais retalhado. A novel Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, assim o fez por meio do seu § 3º suso-transcrito.¹⁶

¹⁵ “O regimento interno estabelecerá: o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal.”

¹⁶ “Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Art. 2º A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele

Para efeito de sustentar o que se vem afirmando de há muito em linhas volvidas, vale trazer à tona o que está escrito no Capítulo I, versos 4 a 11, do Livro de Eclesiastes, da Bíblia Sagrada, *verbo ad verbum*:

1.4. Geração vai e geração vem; mas a terra permanece para sempre. 1.5. Levanta-se o sol, e põe-se o sol, e volta ao seu lugar, onde nasce de novo. 1.6. O vento vai para o sul e faz o seu giro para o norte; volve-se, e revolve-se, na sua carreira, e retorna aos

versada não oferecer *repercussão geral*, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da *repercussão geral*, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da *repercussão geral*. § 3º Haverá *repercussão geral* sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da *repercussão geral* por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da *repercussão geral*, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da *repercussão geral*, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a *repercussão geral* constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da *repercussão geral* será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de *repercussão geral*, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da *repercussão geral*. Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei. Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência. Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.”

seus circuitos. 1.7. Todos os rios correm para o mar, e o mar não se enche; ao lugar para onde correm os rios, para lá tornam eles a correr. 1.8. Todas as coisas são canseiras tais, que ninguém as pode exprimir; os olhos não se fartam de ver, nem se enchem os ouvidos de ouvir. 1.9. O que foi é o que há de ser; e o que se fez, isso se tornará a fazer; nada há, pois, novo debaixo do sol. 1.10. Há alguma coisa de que se possa dizer: Vê, isto é novo? Não! Já foi nos séculos que foram antes de nós. 1.11. Já não há lembrança das coisas que precederam; e das coisas posteriores também não haverá memória entre os que hão de vir depois delas. (Grifos nossos)

O texto bíblico afirma que “*nada há, pois, novo debaixo do sol*” (versículo 1:9). Isso nos remete ao fato de que, a redação inserta no § 1º, art. 543-A, da Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, repete, basicamente, o mesmo texto constante da Emenda Regimental que deu nova redação ao § 1º, art. 327, mediante o qual se pretendeu “*definir*” o tema “*questão federal relevante*” e o fez mediante o uso das seguintes palavras, *verbis*:

Art. 327 – omissis...

§ 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do Recurso Extraordinário pelo Tribunal.

Com respeitosa vênia, é de se indagar em que diverge a redação do supratranscrito § 1º art. 327, do Regimento Interno do STF para o § 1º do artigo 543-A, da Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, assim disposta:

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

A resposta exsurge a partir de três (03) premissas, sendo duas (02) de caráter afirmativo para se tratar do recurso extraordinário precedido da *arguição de relevância* de questão federal e, uma (01) em sentido negativo, quando se refere ao reconhecimento da inexistência de *repercussão geral*. Vejamos:

A – na hipótese de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a existência de “relevante questão federal”, seria admitido o recurso extra-

ordinário para efeito de, provida a matéria incidental da arguição de relevância, proceder-se ao julgamento do recurso extremo. É óbvio que o Excelso Pretório faria uma análise pormenorizada no sentido de se admitir apenas os recursos extraordinários em que, efetivamente, houvesse a chance de se acolher a “arguição de relevância” para, ao depois, examinar o recurso extraordinário. A “arguição de relevância” deveria abordar conteúdo que, efetivamente, tornasse relevante o julgamento do recurso extraordinário. Assim, a acolhida da “relevante questão federal” proporcionaria a possibilidade de exame do recurso extraordinário;

B – em se tratando ainda de “*arguição de relevância*”, é de todo interessante frisar que, se ocorresse a sua recusa, conseqüentemente, para a inadmissão do recurso extraordinário bastaria o voto contrário de quatro (04) dos Srs. Ministros e em reunião que era realizada às portas fechadas, sem qualquer decisão escrita e/ou fundamentada.

Esse era o mesmo procedimento adotado pela Suprema Corte Americana que, dispoñdo de discricionarieidade quanto aos casos que poderia julgar, por disposição constitucional, seleciona, dentre dez mil (10.000) petições, em média. Essas petições são recebidas de outubro de um ano para outubro do ano seguinte, mediante a aplicação da *rule of four*, ou seja, a regra dos quatro que foi instituída pela sua jurisprudência. Bastaria o voto de quatro (04) dos nove (09) Ministros para que a Suprema Corte Americana analisasse uma dessas questões que lhe fora submetida por meio do conhecido *writ of certiorari*, que se identifica como sendo a possibilidade de a própria Suprema Corte Americana escolher determinados casos para sua apreciação e que refoge ao âmbito da jurisdição ordinária, devendo ter alcance em nível amplo e diverso das demandas de caráter subjetivo. Essa decisão é tomada numa reunião que dura de três (03) a quatro (04) dias antes da abertura do subseqüente ano judiciário, com a possibilidade de um (01) dos Ministros requerer que se faça a apreciação coletiva de uma petição; do contrário, mais de setenta por cento (70%) delas são descartadas na forma já mencionada.

C – em se tratando da hipótese versada na Emenda Constitucional n. 45/2004, acrescentando o § 3º art. 102, da Constituição Cidadã, regulamentado que fora dois anos (02) mais tarde pela Lei n. 11.418, de

19 de dezembro de 2006, decorreu a criação de um filtro, por meio do qual, instituiu-se uma nova modalidade processual para se permitir o julgamento de certos recursos extraordinários. Para esses, efetivamente, somente seria acolhida a prévia alegação de *repercussão geral*, em havendo o reconhecimento, no caso concreto, de questão que importe em transcendência e relevância da matéria abordada em sede de preliminar suscitando a *repercussão geral*.

Pode parecer, a princípio, que não há qualquer relação entre os referidos instrumentos – *arguição de relevância e repercussão geral*. No entanto, o primeiro, teria o condão de impedir o julgamento de recursos extraordinários, sob a vigência da Constituição de 1967. A seu turno, o segundo, autoriza o julgamento de recursos extraordinários apenas nas hipóteses em que foram identificadas questões que, comprovadamente, tenham efetiva transcendência e relevância de modo a implicarem na existência de interesses para toda uma coletividade (difusos ou coletivos), que será favorecida com a decisão de uma matéria apresentada em Juízo. Em última análise: o propósito, de fato, reside no caráter de excepcionalidade¹⁷.

De outro lado, essas medidas se impuseram ao longo dos tempos em virtude de o recurso extraordinário não se tratar, na verdade, de um recurso que fosse possível de manejar perante uma chamada “*terceira instância revisora de injustiça acaso cometida nas instâncias inferiores*”. Tem caráter mais político que revisional. Na verdade, visa propiciar o exercício de competência constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal – guardião da Carta Constitucional – que, propriamente, ser revisor de decisões proferidas anteriormente em instâncias recursais inferiores¹⁸.

¹⁷ Destarte, a Reforma do Judiciário, ao exigir a demonstração da *repercussão geral* da questão constitucional, teve a intenção cristalina de lhe conceder um caráter de excepcionalidade. Além disso, evidentemente, traz consigo o objetivo de servir como instrumento regulador do acesso aos recursos a serem submetidos à análise do Tribunal Superior, reforçando o seu caráter extraordinário.

¹⁸ Esse tipo de recurso nunca teve a função de propiciar ao litigante inconformado com o resultado do processo uma terceira instância revisora de injustiça acaso cometida nas instâncias ordinárias. A missão que lhe é atribuída é de uma carga política maior é a de propiciar à Corte Suprema meio de exercer seu encargo de guardião da Constituição, fazendo com que seus preceitos sejam corretamen-

Também deve ser considerado o fato de que, ao longo do século XX, mais precisamente a partir de meados da sua segunda década, o Supremo Tribunal Federal experimentou a sua primeira “*crise*” e, ao que parece, nunca mais conseguiu livrar-se dela e das subsequentes, tornando-se, pois, crônica e incurável.

Nas várias tentativas que foram empreendidas, seja por meio de emendas regimentais ou constitucionais e todos os demais métodos empregados, alterando regimento para se “*admitir*” ou para “*não será admitido*”, o recurso extraordinário sempre foi o seu grande fator de dificuldade para efeito de se permitir, ao Supremo Tribunal Federal, um caminho que pudesse ser percorrido para entregar a prestação jurisdicional. É óbvio que, em sede maior, na condição de guardião da ordem constitucional, teria que cumprir a sua missão com presteza e profundidade, atendendo a todos os jurisdicionados que a ele recorressem, visando o exame de suas pretensões à luz da Constituição.

A seu turno, a *repercussão geral* foi mais fácil de se definir que a “*arguição de relevância*”, embora houvesse tentativas respeitáveis, a exemplo do ex-Ministro Evandro de Lins e Silva quanto ao segundo “*instituto*”. É o que se percebe a partir da investida sobre o tema por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,¹⁹ que o trabalham com tranquilidade.

Quando se trata da questão relativa à transcendência da controvérsia constitucional, Luiz Guilherme Marinoni, dessa vez em parceria com Daniel Mitidiero, discorre sob a perspectiva quantitativa e qualitativa.²⁰

te interpretados e fielmente aplicados. É a autoridade e a supremacia que toca ao STF realizar por via de julgamentos dos recursos extraordinários. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Repercussão geral* no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417).

¹⁹ A definição de ‘*repercussão geral*’ deverá ser construída pela interpretação do STF. Contudo, é importante que se perceba que jamais será possível ao STF delinear, em abstrato e para todos os casos, o que é questão constitucional de *repercussão geral*, pois essa fórmula é dependente das circunstâncias concretas – sociais e políticas – em que a questão constitucional discutida no caso concreto está inserida.

²⁰ A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva

Vencida, pois, essa etapa que trata especificamente do recurso extraordinário, deve-se levar em consideração, doravante, a questão relativa à súmula vinculante que, nada mais é, do que outro artifício empregado pelo “*legislador constituinte derivado*”, para, uma vez mais, criar uma série de obstáculos à constante e crescente demanda constitucional perante o Supremo Tribunal Federal. Sobre ele, trataremos oportunamente, bastando adiantar que a Emenda Constitucional n. 45/2004, conferiu mais legitimidade ao próprio Supremo Tribunal Federal para editar súmulas que ao Congresso Nacional para editar leis, dada a ausência da outorga popular, valendo-se apenas do legislador amparado no poder constituinte derivado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral* da questão constitucional no recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição Brasileira*, 2.. ed. rev. aug. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936, p. 273 – ortografia conforme original e vigente à época da edição da obra citada.

CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição Brasileira*, 2. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936, p. 273.

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2005, p. 558.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral* no recurso extraordinário, 2008, p. 37-38.

Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil, n. 18, p. 5-32. Porto Alegre: Editora Magister, maio/jun. 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento*. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, v. 1, p. 637-8

SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Campinas: Ed. Romana, 2003, p. 395.

qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).

5

ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa¹

RESUMO

O Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais e na busca de preservar os direitos e garantias fundamentais do cidadão se necessário possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, seja este proveniente da Administração Pública em geral ou proveniente da Administração Pública Militar, União, Estados e Distrito Federal. A Constituição Federal de 1988 foi expressa ao estabelecer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, o que não significa em nenhum momento qualquer violação ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes.

Palavras Chaves: Poder Judiciário. Ato Administrativo. Mérito do Ato Administrativo. Ato Administrativo Disciplinar. Independência dos Poderes. Análise do Mérito pelo Poder Judiciário.

¹ Juiz de Direito titular da 2ª Auditoria Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público; Professor de Direito Penal na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais.

ABSTRACT

The Judiciary Power in the exercise of their constitutional functions and in the search of preserving the rights and the citizen's fundamental warranties if necessary it possesses competence to analyze the merit of the administrative action, be in general this originating from one the Public Administration or originating from the Military Public Administration, Union, States and Federal district. The Federal Constitution of 1988 was expressed when establishing that any lesion or he/she threatens to right will leave of being appreciated by the Judiciary Power, what doesn't mean in any moment any violation to the beginning of the independence and of the harmony of the Powers.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 assegurou expressamente que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si, o que significa que cada Poder possui a sua esfera de atuação, o que não impede que os poderes na busca da realização dos objetivos da Nação tenham uma relação harmoniosa.

Ao mesmo tempo, o texto constitucional assegurou expressamente no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais ao cidadão que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

O legislador constituinte originário ao redigir esse dispositivo cometeu nenhum equívoco, pelo contrário, elaborou uma disposição que efetiva aplicação que alcança a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, inclusive os militares integrantes das Forças Armadas e das Forças Auxiliares.

Em face da norma constitucional não se pode admitir que um ato administrativo não tenha o seu mérito analisado sob a alegação de violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes.

O Poder Judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão se necessário para evitar a prática da injustiça e até a violação aos demais preceitos consagrados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 poderá adentrar no mérito do ato administrativo.

Esse entendimento tem sido compartilhado por julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da democracia, e também por Tribunais dos Estados, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que reconheceu essa possibilidade determinado a reintegração de policial militar demitido indevidamente, após adentrar no mérito do ato administrativo.

As normas constitucionais não podem e não devem ser interpretadas em um contexto separado e divorciado dos demais princípios que foram assegurados pelo legislador constituinte originário.

Na democracia, governo do povo, pelo povo, para o povo, como disse Abraão Linchon, a prática da injustiça em nome de interpretações que não estejam em conformidade com o poder constituinte originário e das garantias e direitos fundamentais que foram assegurados aos nacionais e aos brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

2. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Segundo a Constituição Federal, o Poder Judiciário não deixará de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito suportada pelo cidadão. Em face desse preceito, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro fez a opção pela existência de uma jurisdição única, contrapondo-se a organização de países como, por exemplo, a França, a Espanha, Portugal, e dentre outros, que escolheram o sistema de duas jurisdições, uma administrativa e outra judicial.

No Brasil, o Poder Judiciário por meio de seus Juízes e Tribunais é o responsável pelo julgamento de causas, lides, que estejam relacionadas tanto com questões judiciais como com questões de natureza administrativa, não podendo deixar de dizer o direito no caso concreto. Em um Estado de Direito, os Poderes (na verdade as funções, pois o Poder é único) exercem controle uns sobre os outros na busca da preservação da legalidade e do sistema democrático. Esse sistema de fiscalização é conhecido como sendo o sistema de freios e contrapesos, ou, “rules of the games”.

A Constituição Federal estabeleceu no *art. 2º que os Poderes são independentes e harmônicos entre si*, o que significa que cada Poder possui a sua esfera de atuação, mas isso não significa que não exista uma harmonia entre os poderes, ou mesmo que esses não possam exercer a atribuição de outro poder, mas de forma atípica dentro de sua esfera de atuação.

A doutrina, ou melhor, parte da doutrina, como decorrência do princípio da independência dos Poderes e com base nos critérios de conveniência e oportunidade, que são conceitos indeterminados, construiu a teoria segundo a qual o Poder Judiciário não possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, sendo que esse princípio tem sido repetido em diversos julgados, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Antes do advento do atual texto constitucional, e mesmo após a sua entrada em vigência, Hely Lopes Meirelles ensinava que discricionariedade não poderia ser confundida com arbitrariedade, mas que o Poder Judiciário não possuía competência para se manifestar sobre o mérito do ato administrativo que estivesse relacionado com a conveniência e a oportunidade do administrador.²

O mérito do ato administrativo é um conceito indeterminado que permite dúvidas, controvérsias e incertezas, e que, muitas vezes, é utilizado para esconder os atos arbitrários que são praticados por aqueles que se encontram no exercício das funções de administrador. Esse entendimento foi compartilhado por parte da doutrina, na monografia denominada *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário*.³

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

³ No ano de 1996, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa apresentou a Universidade Estadual Paulista onde se encontra arquivado o original, a monografia *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário* como requisito para a conclusão do curso de especialização em Direito Administrativo. Naquela oportunidade, onde ainda não existiam julgados reconhecendo essa possibilidade, a monografia não deixava dúvidas que o Poder Judiciário em respeito em preceitos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 possuía quando necessário competência para analisar o mérito do ato administrativo. Atualmente,

Na realidade, impedir que o Poder Judiciário, *que por força da Constituição Federal deve se manifestar a respeito de qualquer lesão suportada pelo cidadão*, venha a se manifestar sobre a validade e eficácia de um ato administrativo por estar à questão *sob iudice* relacionada com o mérito administrativo é negar jurisdição ao administrado, o que fere o texto de 1988.

A análise do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, *como já acontece no ordenamento alienígena*, não é e nunca foi invasão de competência, ou mesmo uma possível ditadura desse poder. A questão é colocada como sendo controvertida muitas vezes por ser um fantasma que assusta despertando a ira daqueles que entendem que o Judiciário estaria limitando e invadindo a esfera de competência do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Legislativo, mas na verdade essa atribuição existe para dar atendimento ao preceito constitucional esculpido no art. 5º, da CF de 1988.

É importante se observar, que a função executiva tem como finalidade a administração do Estado na busca do interesse público e do bem comum da coletividade, que por meio de um contrato permitiu que uma pessoa abstrata (Estado) ficasse responsável pelo seu destino, mas desde que essa Entidade respeitasse a lei e os princípios de moralidade, impessoalidade, publicidade, dentre outros.

Ao se manifestar sobre o respeito à legalidade pela Administração Pública Celso Antônio Bandeira de Melo observa que,

próprio do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submetido aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de 'poder' discricionário.⁴

esse entendimento tem sido compartilhado pelos Tribunais Superiores e pelos Tribunais dos Estados.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 10-11.

Na busca de superar o preconceito relacionado com a análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, a doutrina vem defendendo a tese de que a norma discricionária *fica sujeita a uma finalidade que seria a busca da melhor solução*. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o administrador nos atos discricionários deve buscar entre as várias soluções aplicáveis ao caso, a solução ótima para dar atendimento a finalidade pretendida pela Lei. A escolha dessa solução ótima configura-se em um ato de legitimidade, que deve ser analisado pelo Judiciário, uma vez que quando não existe atendimento à finalidade pretendida pela Lei este é nulo. Assim, a discricionariedade estaria relacionada com a Lei e não seria uma questão de mérito.⁵

A teoria formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello possui fundamentos que permitem ao administrado, cidadão, questionar o ato discricionário por meio de provas, *para comprovar que a decisão que fora tomada pelo administrador não fora a melhor solução, a solução ótima, pretendida pela Lei*, o que configura um desvio de finalidade permitindo ao Poder Judiciário a análise da legalidade do ato administrativo. Mas, deve-se observar, que a teoria não resolve a questão da análise do mérito administrativo propriamente dito pelo juiz ou mesmo pelo Tribunal no exercício de suas funções constitucionais.

A Constituição de 1988 consagrou de forma pacífica no ordenamento pátrio a existência de uma jurisdição una, onde somente uma decisão transitada em julgado é que coloca término a uma discussão, trazendo segurança jurídica aos particulares. No Brasil, existem esferas administrativas, como, por exemplo, os Tribunais de Impostos e Taxas, as Seções de Justiça e Disciplina (S.J.D) das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, as Justiças Desportivas, os Conselhos de Contribuintes, o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros, mas as suas decisões não possuem força normativa e o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário.

Por decorrência desses preceitos, surge a seguinte premissa, *por qual motivo o mérito do ato administrativo não pode ser revisto e analisado pelo Poder Judiciário, que é o único órgão capaz de dar uma solução final ao litígio e ainda que está impedido por força da*

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit.

Constituição Federal de 1988 de deixar de apreciar qualquer lesão a direito, sob pena de violação do princípio da efetiva prestação jurisdicional.

3. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente que os poderes da União são: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, os quais são independentes e harmônicos entre si, o que significa que entre esses poderes não existe nenhuma subordinação, mas apenas e tão somente uma interligação, uma integração, uma harmonia, voltada para os objetivos nacionais, ou seja, para os objetivos necessários para o desenvolvimento da Nação e também para o desenvolvimento de cada dos nacionais e estrangeiros residentes no território nacional.

O Poder Executivo é o detentor do orçamento e o responsável pela administração pública em geral, devendo gerenciar com zelo e diligência a coisa pública, que não pertence a ninguém, *mas a todos os brasileiros, natos e naturalizados, que vivem no território nacional*. O Poder Legislativo é o responsável pela elaboração de leis que irão reger o comportamento dos brasileiros e estrangeiros que vivem no território nacional. O Poder Judiciário é o responsável pela realização de julgamentos, aplicando o direito ao caso concreto sem estar sujeito a qualquer tipo de política e pressão.⁶ O Poder Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

⁶ As garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e que são asseguradas aos Juízes de 1º e 2º graus e dos Tribunais Superiores e de Sobreposição tem por objetivo permitir que as ações judiciais sejam julgadas com independência, assegurando dessa forma ao cidadão uma prestação jurisdicional efetiva. O enfraquecimento das garantias asseguradas aos magistrados é um enfraquecimento do sistema democrático, e por consequência uma perda para o cidadão. A democracia somente pode ser efetivada com um Poder Judiciário independente

Na atualidade, afirma-se que os problemas enfrentados pelo Brasil são decorrentes da falta de uma reforma efetiva no Poder Judiciário, que já aconteceu em parte com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004⁷, o que não é verdade. Os críticos muitas vezes não costumam esclarecer a população das Unidades Federativas que muitos dos problemas enfrentados pela Nação são decorrentes da falta de infraestrutura, de uma malversação do dinheiro público, que acaba recebendo em muitos casos destinações diversas daquelas que foram estabelecidas pela lei, e ainda devido à falta de respeito para com a coisa pública.

O excesso de leis que são editadas tanto no âmbito da União como no âmbito dos demais entes federativos, a falta de uma revisão e não edição de novos Códigos, como, por exemplo, Código de Processo Civil e Código de Processo Penal, impedem a realização de uma efetiva prestação jurisdicional, acompanhado ainda da falta de uma limitação dos recursos de natureza processual, e da limitação de recursos que são destinados ao Poder Judiciário que a cada ano recebe um número maior de ações judiciais, tanto de natureza cível, criminal, como de natureza administrativa, mas que mantém, na maioria das vezes, o mesmo de número de juízes e funcionários.

Os juízes de 1ª e 2ª instâncias têm cumprido de forma efetiva as funções para quais foram investidos mediante um concurso público de provas e títulos. O país também necessita de uma reforma legislativa, onde não possam existir questões fisiológicas, impunidade, entre

e com plenas condições de exercer as funções jurisdicionais que foram estabelecidas pelo constituinte de 1988.

⁷ A Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, para o Poder Judiciário, e também o Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP, que tem se mostrado positivos na busca de uma maior efetividade tanto na prestação jurisdicional como na atuação do Ministério Público no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Devido às mudanças que vem ocorrendo com atuação dos Conselhos do Poder Judiciário e do Ministério Público talvez seja o momento em que o povo e os legisladores do poder constituinte derivado também devam estar pleiteando e criando um Conselho Nacional do Poder Executivo, CNPE, e do Conselho Nacional do Poder Legislativo, CNPL, permitindo dessa forma uma maior transparência dos atos praticados que são pelos demais poderes da República Federativa do Brasil em nome dos brasileiros natos e naturalizados que vivem no território nacional.

outras coisas, que levam ao aumento de despesas que impedem uma melhoria de suas condições estruturais, que é o grande problema que tem sido enfrentado pelo Brasil desde o final dos anos 1990 e início dos primeiros anos do século XXI.

Os jurisdicionados ou para muitos os administrados têm direito a uma efetiva prestação jurisdicional, que deve se pautar pelos princípios que foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que contrariamente a outros textos foi expressa, assegurando direitos e garantias fundamentais na construção de uma sociedade mais justa e fraterna, onde o poder econômico ou mesmo o tráfico de influências possa interferir nas atribuições que são desenvolvidas pelos poderes constituídos.

A independência dos Poderes não impede que o Poder Judiciário no exercício de suas funções que tem como fundamento a pacificação das lides possa analisar os atos que são praticados pelos integrantes da Administração Pública, Civil ou Militar, ou do Poder Legislativo, que venham a contrariar as leis que foram previamente estabelecidas, causando prejuízos aos que vivem sob o império da lei.

O Poder Judiciário não pode e não deve interferir nos assuntos *interna corporis* dos Poderes, mas quando um jurisdicionado é lesado e busca a proteção do Poder Judiciário caberá ao Juiz ou Tribunal analisar o ato praticado para verificar com base no ordenamento jurídico se o jurisdicionado suportou ou não uma lesão que deva ser reparada, mesmo que para isso seja necessário adentrar no mérito do ato administrativo, ou mesmo do ato administrativo disciplinar militar.

3.2 Mérito do ato administrativo

A doutrina ensina conforme foi mencionado em outra oportunidade que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, em atendimento ao princípio da independência que deve existir entre os Poderes, sob pena de se estar limitando os poderes atribuídos a Administração Pública, Civil ou Militar, que é a responsável pela realização e desenvolvimento dos objetivos elaborados pelo Estado.

É importante se observar, que a teoria da tripartição dos Poderes, adotada pelas Nações Ocidentais, Estados-modernos, na realidade estava relacionada com a tripartição das funções, até porque o poder é

e continua sendo único e indivisível, e na democracia como preferem alguns teóricos todo poder emana do povo, sendo que nem sempre o povo é verdadeiramente o destinatário das ações que são desenvolvidas em tese em seu nome.

O ato administrativo é prerrogativa da Administração Pública, ou como ensina o próprio Hely Lopes Meirelles é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, com os seus requisitos e pressupostos, que produzem todos os seus efeitos quando é editado. *Por força desse entendimento, o Poder Judiciário somente poderá analisar os aspectos formais do ato administrativo, como competência, finalidade e forma, vedando-se a análise do objeto e do objeto.*

Apesar deste preceito desenvolvido por parte doutrina, não se deve esquecer que o sistema que foi adotado pelo Brasil foi o de jurisdição única, o que permite que todas ações independentemente de sua natureza sejam levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, o qual não pode e não deve se afastar do exercício da prestação jurisdicional, que é uma garantia fundamental assegurada a todas as pessoas que vivem no território nacional.

Neste sentido, o Poder Judiciário poderá analisar o mérito do ato administrativo, para verificar se a decisão adotada pela Administração Pública, Civil ou Militar, foi uma decisão correta, em conformidade com o ordenamento jurídico, e ainda se a decisão administrativa encontra-se pautada pelos princípios expressamente estabelecidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

O juiz de direito dos Estados e do Distrito Federal ou mesmo o juiz federal em nenhum momento deve substituir o administrador no exercício de suas funções, mas o magistrado se necessário na busca da efetiva prestação jurisdicional não deve deixar de analisar o mérito do ato administrativo levado a efeito pelo administrador sob o fundamento de que o ato estaria sob o manto dos princípios da conveniência e da oportunidade.

O próprio Hely Lopes Meirelles, referência ainda nos dias atuais na seara administrativa, ensina que a discricionariedade não é arbitrariedade, e que o administrador deve reger a sua conduta em conformidade com os preceitos legais, o que atualmente se denomina de discricionariedade regrada.

No Brasil, a análise do mérito do ato administrativo tornou-se um dogma por parte da maioria da doutrina especializada onde se busca limitar a ação do Poder Judiciário, guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 que sofre críticas desprovidas de fundamento que tem como base as dificuldades enfrentadas pelo país.

A doutrina especializada criou a teoria segundo a qual a análise do mérito do ato administrativo não cabe ao Poder Judiciário. Mas este Poder por força da CF de 1988 poderá analisar o mérito ato praticado pela Administração Pública quando o ato não tiver observado o princípio da proporcionalidade ou mesmo o da razoabilidade.

É importante observar, que ainda que a doutrina seja contrária ao entendimento que o mérito do ato administrativo pode e deve ser analisado pelo Poder Judiciário, é preciso que o art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional não fique esquecido, ou seja, deixe de ser observado quando do julgamento das ações que são levadas a apreciação do julgador no exercício da prestação jurisdicional.

O legislador constituinte originário em 1988 estabeleceu direitos e garantias fundamentais que são assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, e o guardião desses direitos e garantias fundamentais são os Juízes, Estaduais e Federais, e os Tribunais, que tem como compromisso a pacificação das lides com Justiça, com fundamento nas leis que foram previamente estabelecidas.

A mudança de paradigmas não acontecerá de um momento para outro. Exigirá estudos e reflexões na busca de um prestação que seja efetiva, que possa permitir a preservação de forma imparcial dos direitos que foram estabelecidos na Constituição Federal e nos instrumentos internacionais que foram subscritos pela República Federativa do Brasil.

4. SISTEMAS DE CONTROLE DO ATO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA

4.1 Considerações iniciais

O art. 5º, XXXV, da República, desde o seu advento em 5 de outubro de 1988, consagrou o sistema de jurisdição una, onde nenhuma

lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, que é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

É importante observar, que desde o advento da República em 1889, o país tem seguido o sistema inglês de jurisdição única diversamente de outros países do continente europeu. A Constituição Federal de 1967, modificada pela EC de 1969, e depois pela EC n. 7, de 13 de abril de 1977, em seu artigo 203, preceituava que, “poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes do trabalho (art. 153, 4º)”.

O dispositivo estabelecido no art. 203, da Emenda de 1977, era inconstitucional, uma vez que contrariava o princípio da unicidade de jurisdição que foi consagrado no sistema pátrio, tanto que os contenciosos administrativos nunca foram criados por meio de lei ordinária, haja vista que o sistema de jurisdição única é incompatível com o sistema de jurisdição dúplice.⁸

A opção por um sistema de jurisdição única possui uma extrema importância no exercício da atividade jurisdicional que é desenvolvida pelo Poder Judiciário, uma vez que somente as decisões provindas desse órgão é que estão autorizadas a fazer coisa julgada, e dessa forma colocar um término aos litígios, restabelecendo a justiça e a paz social, que são e devem ser os princípios de um Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário no Direito pátrio está legitimado a julgar as questões que versem sobre os litígios envolvendo o Estado e os administrados, ou mesmo os litígios envolvendo o Estado e os seus funcionários. No sistema de jurisdição dúplice, os litígios envolvendo o Estado e os administrados, ou mesmo o Estados e os seus funcionários são processos e julgados perante a jurisdição administrativa, como ocorre na França, na Itália, na Alemanha e em outros países europeus.

O sistema de jurisdição dúplice é constituído de uma jurisdição administrativa destinada a julgar as questões que envolvam os litígios entre o Estado e os administrados, ou entre o Estado e os seus funcio-

⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 18.

nários, e de uma jurisdição judicial, responsável pelo julgamento das demais lides, sendo que esse sistema teve a sua origem na França, mas precisamente quando da Revolução Francesa, 14 de julho de 1789.

As ideias do iluminista Montesquieu que escreveu a obra o *Espírito das Leis* e que defendia a divisão das funções referentes ao Poder, em três funções, legislativa, executiva e judiciária teve grande influência sobre os revolucionários de 14 de julho que estavam preocupados com o retorno da realeza ao trono sob a invocação do poder uno e soberano dos reis, que prevaleceu até o advento do Estado moderno.

Os líderes da Revolução Francesa também não aceitavam a ideia de uma possível interferência do Poder Judiciário em assuntos relacionados com a administração, envolvendo o Estado e os administrados, e com base no sistema de divisão de funções resolveram criar um sistema de jurisdição administrativa, onde os julgadores administrativos teriam as mesmas prerrogativas dos juízes, mas somente eles estariam autorizados a solucionar os conflitos que envolvessem a Administração como autora ou ré.

O contencioso de natureza administrativa que somente existe nos Estados que fizeram opção pelo sistema de jurisdição dúplice, não existindo no Brasil, se caracteriza pela existência da coisa julgada administrativa, onde o Poder Judiciário não possui competência para se manifestar sobre as questões ali decididas, mesmo no tocante aos aspectos formal e legal do ato de natureza administrativa.

A jurisdição administrativa possui toda uma organização semelhante a da jurisdição judicial, sendo que em alguns Estados os julgadores administrativos são recrutados junto aos juízes da jurisdição judicial, como juízes de 1ª Instância, e os Tribunais Administrativos são os órgãos de 2ª Instância, sendo que o Conselho de Estado existente, por exemplo, na França, pode ser comparado ao Supremo Tribunal Federal existente na República Federativa do Brasil.

No Brasil, existem situações em que a Administração Pública por meio de seus órgãos e agentes em atividades atípicas que não podem ser chamadas de contencioso administrativo fazem julgamentos de questões de natureza administrativa. Um exemplo do exercício dessas atividades são aquelas desenvolvidas pelos Conselhos de Contribuintes, pelos Tribunais de Impostos e Taxas Municipais, e ainda os julga-

mentos administrativos de funcionários civis e militares, que não fazem coisa julgada e não impedem a apreciação do ato administrativo, seja no tocante a parte formal e legal do ato, seja na questão relativa ao mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

No âmbito do território nacional para que o atual sistema passasse a vigorar com um sistema de jurisdição dúplice seria necessário uma nova Constituição, tendo em vista que a jurisdição única encontra-se inserida no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, que por força do estabelecido no art. 62, da CF, é cláusula pétreia e não admite Emenda Constitucional, e mesmo que esta ocorresse estaria ocorrendo uma quebra com a tradição constitucional vigente desde o início da República.

5.2 Sistema de jurisdição única e os limites do Poder Judiciário em face da Constituição Federal de 1988

A adoção ou não de um sistema de jurisdição única possui relevância quando do trato da possibilidade de análise pelo Poder Judiciário do mérito do ato de natureza administrativa. Mas, não se deve esquecer que desde o advento da República em 1889 o país fez uma opção pelo sistema de jurisdição única seguindo o modelo inglês, que é diverso de todo o ordenamento adotado na Europa Continental que fez a escolha pelo sistema de jurisdição dúplice com origem na França, quando da revolução de 14 de julho de 1789.

Na jurisdição dúplice, as questões referentes aos conflitos envolvendo o Estado e os administrados, ou mesmo o Estado e os seus funcionários, somente podem ser apreciadas e julgadas pelos juízes administrativos, que possuem as mesmas garantias dos juízes da jurisdição judicial, que são bacharéis em Direito, ingressam na carreira por meio de um concurso público de provas e títulos, e as suas decisões fazem coisa julgada, coisa julgada administrativa.

Além disso, o administrado, ou mesmo o Estado, inconformados com a decisão de 1ª instância possui uma segunda instância para recorrer, toda organizada por meio dos Tribunais Administrativos, onde é assegurado, tanto em 1ª instância quanto na 2ª instância, o devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório e todos os recursos a ela inerentes.

No sistema de jurisdição dúplice não se concebe que o Poder Judiciário venha a interferir nos julgamentos praticados pela Administração Pública, porque isso poderia ferir o princípio da separação de poderes. Mas, é importante observar que nos países, como, por exemplo, a França, a Jurisdição Administrativa surgiu exatamente com o intuito de evitar a interferência do Poder Judiciário nos assuntos do Poder Executivo.

No país, as tradições jurídica e cultural são diferentes do sistema inglês, uma vez que os julgamentos praticados pela Administração Pública na maioria das vezes são realizados por pessoas que não são bacharéis em Direito, e o duplo grau de recurso é quase inexistente. Além disso, a Constituição Federal de 1988 foi bem clara ao autorizar o Poder Judiciário a analisar toda e qualquer lesão ou ameaça a Direito, sob pena de se estar negando a prestação jurisdicional aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Portanto, o atual sistema constitucional permite que o Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional possa se necessário analisar o mérito do ato administrativo sem que este procedimento possa ser entendido como uma quebra ao princípio da independência dos Poderes prevista na Constituição Federal de 1988.

6. FUNDAMENTOS PARA A ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República de 1988 estabeleceu que no Brasil não existe uma jurisdição administrativa cujas as decisões tenham força de natureza vinculante fazendo dessa forma coisa julgada, como ocorrem em outros países, como França e Espanha, que escolheram o sistema de jurisdição dúplice.

No âmbito da administração pública, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, nem todos os seus integrantes que ingressam na carreira por meio de concurso público são bacharéis em Direito. Ademais, uma decisão proferida pelo agente administrativo mesmo que baseada em critérios de conveniência e de oportunidade poderá ser injusta, ferir os princípios consagrados no ordenamento jurídico como a moralidade, a impessoalidade, a razoabilidade e a finalidade.

O fato de um ato estar perfeito na sua forma (aspectos legais) não significa que esse seja válido, pois esse ato poderá ser imoral, pessoal, ferindo ainda outros princípios de direito. Nesse sentido, surge a seguinte indagação, poderá o Poder Judiciário deixar de julgar àquele ato de natureza administrativa injusto, porque esse estaria protegido e fundamentado nos critérios de conveniência e oportunidade?

Para se entender melhor a questão referente ao ato administrativo basta observar a seguinte premissa. Quando um particular sofre uma lesão, por exemplo, um dano em seu veículo que tenha como fundamento um ato ilícito, este ingressa junto ao Poder Judiciário por meio de uma ação de indenização buscando a reparação do dano sofrido, suportado. Ao proferir uma decisão (procedente ou improcedente), o juiz com fundamento no Código de Processo Civil terá julgado o mérito da ação judicial. Essa decisão de mérito (justa ou injusta) poderá ser mantida ou reformada pelo Tribunal competente.

No tocante as questões administrativas, como, por exemplo, em um processo administrativo onde o réu, funcionário público, é acusado da prática de um ilícito, uma falta disciplinar, esse poderá ser absolvido ou condenado pela autoridade administrativa. No caso de condenação, procedência do processo administrativo, essa poderá ser injusta, sendo que muitas vezes não existe um recurso para uma instância superior. Assim, deverá o funcionário suportar esta decisão porque o Poder Judiciário em tese não teria competência para analisar o mérito do ato de natureza administrativa?

É importante observar, que a esfera administrativa não possui força vinculativa, ou seja, as suas decisões não fazem coisa julgada, e qualquer lesão ao administrado, inclusive o mérito do ato administrativo, poderá ser analisado pelo Poder Judiciário conforme o vigente texto constitucional de 1988.

Poderia questionar se ao analisar o mérito do ato administrativo o Poder Judiciário não estaria substituindo a vontade da Administração Pública, e em razão disso os atos administrativos não mais teriam autoexecutoriedade. Na realidade, em nenhum momento o Poder Judiciário estaria substituindo a vontade da Administração porque os atributos do ato administrativo são todos preservados.

A teoria ora apresentada⁹ apenas legitima o direito do administrado que se sentir lesado com a decisão fundada em critérios de conveniência e oportunidade ter acesso à efetiva prestação jurisdicional assegurada pela Constituição Federal de 1988. O que se pretende não é manietar a Administração, mas que essa cada vez mais busque o cumprimento da legalidade afastando de sua seara as decisões pessoais, injustas, que muitas vezes deixam de ser questionadas, analisadas, porque estariam sob a proteção do manto do mérito do ato administrativo.

A Administração existe para permitir que o administrado possa realizar os seus objetivos, e que o bem comum e o interesse público sejam alcançados. Quando o ato administrativo discricionário se afasta da finalidade pretendida pela lei, do interesse público e do bem comum, onde a decisão administrativa apesar das possibilidades de escolha não fora alcançada, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello o Poder Judiciário possui competência para analisar àquele ato, pois não se trata de mérito, mas de desvio de finalidade relacionado com a legitimidade.

Mas, o Poder Judiciário conforme tem sido defendido pela doutrina¹⁰ também está legitimado para analisar o mérito do ato administrativo, uma vez que a decisão administrativa poderá ser injusta, pessoal, contrária às provas dos autos, o que não permite que àquela decisão que trouxe uma lesão ao administrado possa prevalecer sob a proteção da conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, somente poderia se admitir a tese defendida por parte da doutrina de que o Poder Judiciário não possui competência para analisar o mérito do ato de natureza administrativa caso o orde-

⁹ No ano de 1996, no curso de especialização da Universidade Estadual Paulista, Campus de Ribeirão Preto, já sob o advento do texto constitucional de 1988, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa desenvolveu o tema *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário*, uma vez que o texto constitucional estabeleceu expressamente que nenhuma ameaça ou lesão a Direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

¹⁰ Na obra *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*, Editora Lumen Juris, que teve a sua primeira edição no ano de 2002, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa tem defendido a competência do Poder Judiciário para analisar o mérito do ato administrativo, sendo que decisões judiciais nesse sentido tem sido proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, que por força do texto constitucional é o responsável pela legislação infraconstitucional.

namento jurídico tivesse consagrado o sistema dúplice de jurisdição, administrativa e judicial, o que não é caso por força do estabelecido no texto constitucional.

O Direito é uma ciência que além de possuir métodos científicos próprios acompanha a evolução da sociedade. Por muito tempo não se admitiu a responsabilidade civil do Estado, que possuía como fundamento as teorias da irresponsabilidade, *a teoria de que o rei não erra*, atos de gestão e atos de império. Atualmente, essa responsabilidade está mais do que devidamente consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

A questão da análise do mérito do ato administrativo passa pela mesma evolução. Em um primeiro momento, o Poder Judiciário apenas podia analisar os aspectos extrínsecos do ato. Depois, passou-se a questionar a discricionariedade do ato com fundamento nos princípios da finalidade e do desvio de poder. Na atualidade, existem dispositivos expressos na Constituição que permitem ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, art. 5º, XXXV, na busca da efetiva prestação jurisdicional fundada na instrumentalidade do processo defendida por Cândido Rangel Dinamarco¹¹, como meio de acesso à Justiça e de proteção ao administrado das lesões injustas e que, muitas vezes, são suportadas.

Portanto, no atual sistema jurídico brasileiro não há mais que se falar que o Poder Judiciário não possui competência ou mesmo legitimidade para analisar o mérito do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. A competência para análise do mérito do ato administrativo vem expressa na Constituição Federal de 1988, e faz parte das garantias constitucionais que foram asseguradas a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo com o advento da Constituição Federal de 1988 passou e vem passando por modificações que estão diretamente relacionadas com as mudanças que estão ocorrendo na socie-

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

dade brasileira, e que também alcançam as Instituições, Civis ou Militares, ou mesmo o chamado terceiro setor com a participação efetiva das organizações não governamentais.

O legislador constituinte originário de 1988 não teve dúvidas e instituiu o denominado sistema de jurisdição única, consagrado nas Constituições anteriores, que tem como fundamento o princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça suportada por aqueles que residem no território nacional, brasileiros natos ou naturalizados, ou estrangeiros, deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Na realidade, o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão é o Poder Judiciário que inclusive por força das normas constitucionais não poderá deixar de analisar, apreciar, os fatos que são levados ao seu conhecimento em atendimento ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Por força dos princípios que se encontram enumerados no vigente texto constitucional de 1988, conforme vem reconhecendo os Tribunais de Sobreposição, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, o Poder Judiciário tem competência para analisar o mérito do ato administrativo para evitar que o administrado, civil ou militar, tenha que suportar injustiças ou mesmo a prática de atos que se afastem dos princípios que foram enumerados no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Nos dias atuais, não existem mais dúvidas que o Poder Judiciário representado pelos Juízes e Tribunais e no exercício de suas funções jurisdicionais tem competência para adentrar no mérito do ato administrativo quando esta análise se fizer necessária para o restabelecimento dos direitos violados do jurisdicionado.

Portanto, por força do sistema único de jurisdição que foi adotado pela República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário, Estadual ou Federal, possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, inclusive o mérito do ato administrativo disciplinar.

A análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário em nenhum momento significa uma violação ao princípio da independência dos poderes, mas apenas e tão somente o cumprimento do preceito constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar – Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.

ASSUNÇÃO, Roberto Menna. *Direito Penal e Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMARGO, Carlos Alberto de. Dignidade Humana e Prevenção Criminal. *In: A Força Policial*. São Paulo, n. 19, p.15-16, jul./ago./set., 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DALLARI, Pedro. *Constituições e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUARTE, Antonio Pereira. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FAGUNDES, João Batista. *A Justiça do Comandante*. 2. ed. Brasília: Edição do Autor, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7. ed. São Paulo: RT, 1997.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991.

GARIBE, Maurício; BRANDÃO, Alaor Silva. Os Limites da Discricionariedade do Poder de Polícia. *In: A Força Policial*, n. 23, p. 18, jul./ago./set, 1999.

GASOS, Iara Leal. *A Omissão Abusiva do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GASPARINI, Diógenes. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. In: *A Força Policial*, n. 11, p. 11-27, jul./ago./set., 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: RT, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade Penal Objetiva e Culpabilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária In: *RIOBJ*, n. 11/95, p. 3.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. Coord. CAHALI, Yussef (coord.). São Paulo: RT, 1996.

LAZZARINI, Álvaro *et al.* *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993.

MACEDO, Murilo de. Segurança Pública – Política. In: *Revista da ADPESP*, n. 14, 1987.

MARTINS, Elizer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar*. Leme: Editora de Direito, 1996.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán – Parte Especial*. Buenos Aires: De Palma, tomo II, 1950.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de Polícia e Segurança Nacional In: *Revista dos Tribunais*, v. 445, p. 287-298, nov., 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução: Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário*. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Especialização. Ribeirão Preto, Universidade Paulista, UNIP, 1996.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar – Comentado Artigo por Artigo*. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Líder, 2012.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Contencioso Administrativo Militar – Devido Processo Legal. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 71, p. 173-175, maio 1995,
- ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.
- SILVA, José Carlos Souza. *Abuso de Poder no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1987.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- Código de Ética e Disciplina da Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 2003.
- Código Penal Militar – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

Código Penal – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1993.

Código de Processo Penal Militar – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

Código de Processo Penal – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1993.

Regulamento Disciplinar da Marinha – organização e notas Jair Lot Vieira Bauru: Edipro, 1993.

Regulamento Disciplinar do Exército – organização e notas Jair Lot Vieira, Bauru: Edipro, 1993.

Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – organização e notas Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 1993.

Regimento Interno e Súmulas do Supremo Tribunal Federa – organização e notas Antonio Becker. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

6

INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E NO CANADÁ: ESTUDO COMPARATIVO

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

Este artigo é dedicado à Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – e todos os dirigentes, magistrados e funcionários responsáveis pelo êxito do I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Canadá, 7 a 17 de setembro de 2010.

RESUMO

Este artigo contém estudo comparativo entre os sistemas jurídicos do Brasil e do Canadá com ênfase na independência da magistratura. Aponta maior grau de independência da magistratura canadense em relação à brasileira, em virtude da supremacia cultural, social e econômica do Canadá, diante do Brasil.

ABSTRACT

This article contains a comparative study between the Brazilian and the Canadian legal system with an emphasis on the magistracy independency. It shows a higher degree of the Canadian magistracy independency compared to the Brazilian one, because of the cultural, social, and economic supremacy of Canada against Brazil.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes” – TJMG.

1. INTRODUÇÃO

Particpei do I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, realizado em Toronto, Montreal e Ottawa, Canadá, de 7 a 17 de setembro de 2010.

LUC HUPPÉ, *advogado canadense e membro do Tribunal de Direitos Humanos*, proferiu palestra sobre o tema Direitos, Independência e Obrigações dos Juizes Canadenses, *na Universidade McGill, em Montreal, em 14 de setembro de 2010.*

A partir da sua exposição, elaboraremos estudo comparativo entre os dois mundos jurídicos com ênfase na independência da magistratura.

Demonstraremos, ao final, o maior grau de independência da magistratura canadense em relação à brasileira, em virtude da supremacia cultural, social e econômica do Canadá, diante do Brasil.

Todavia, em vez de nos menoscabar, a experiência haurida no Canadá aponta para a necessidade de nos empenharmos na edificação da Nação brasileira. Construção que deverá ser calcada no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na ética e na consolidação de um Poder Judiciário robusto e independente.

2. O MUNDO GLOBALIZADO

Já tivemos ocasião de refletir sobre o fenômeno *globalização* (GARCIA DE LIMA, *RDA*, 225/131-141), consistente na

mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais (FARIA, 1996, p. 10).

Entre 1989 e 1992, o mundo sofreu súbitas, profundas e significativas transformações nos planos econômico, político e social, que assinalaram o fim de uma época histórica – aquela dos últimos cinquenta anos – e o surgimento de outra inteiramente nova. Em curto espaço de tempo caducou a contraposição entre os dois blocos de Estados liderados, respectivamente, pelos Estados Unidos e a União Soviética. As transformações passaram dos sistemas políticos às estruturas

sociais e econômicas e, em última instância, aos próprios textos constitucionais (RUFFÍA, 1994, p. VII).

A globalização propicia cooperação internacional, por intermédio de comunidades e órgãos supranacionais, em busca da solução dos problemas de toda a humanidade (MIRANDA, 1997, p. 98-99). Várias tarefas públicas, sobretudo a consecução da paz, não mais se realizam no quadro nacional tradicional. Tornam-se necessárias ordenações que ultrapassam esse quadro (HESSE, 1998, p. 103).

O Direito Internacional tende a penetrar nos direitos constitucionais estrangeiros (PIERRÉ-CAPS, 2010, p. 224). O intérprete da Constituição pode se valer do Direito Internacional e até mesmo do Direito de outros Estados, conforme prevê expressamente, por exemplo, a Constituição da África do Sul (ONIDA, 2008, p. 36).

Um dos pilares da União Europeia consiste na cooperação policial e judicial em matéria penal (HERNÁNDEZ, 2006, p. 44-45). Em sede de Direito Processual, as trocas internacionais são intensificadas no âmbito europeu e fazem cada vez mais frequente a aplicação interna do direito dos outros Estados (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *apud* JAUERNIG, 2002, prefácio). Tornam-se menos salientes do que já foram as diferenças entre os sistemas jurídicos *civil law* e *common law*. O Direito brasileiro, *v.g.*, assimilou as ações coletivas, inspiradas nas *class actions* norte-americanas (BARBOSA MOREIRA, *Revista Forense*, p. 370/62-63).

Como aspecto negativo da globalização, PETER HÄBERLE aponta a subordinação do Direito ao mercado, que acarreta o desafio da conservação do Estado Social positivado em muitas Constituições (*Revista Direito Público*, p. 13/113-114).

3. JUÍZES E GLOBALIZAÇÃO

O fenômeno *globalização econômica* fez com que os mercados globalizados obstassem a aptidão dos governos nacionais de condicionar politicamente o ciclo econômico. Aos atores políticos se reserva somente a tarefa de recriar, em nível global, as tradicionais garantias de segurança jurídica próprias do direito privado nacional (GREBLO, 2005, p. 30-32).

Nesse contexto, os magistrados são impelidos a analisar cada caso julgado em suas circunstâncias peculiares, sem desprezar o impacto

macroeconômico das suas decisões. Abalam o mercado de crédito a ineficiência do Poder Judiciário e decisões judiciais causadoras de insegurança jurídica (ARMANDO CASTELAR, *Folha de São Paulo*, 19.2.2003; FÁBIO ULHOA COELHO, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, p. 2/86).

JULIE ALLARD e ANTOINE GARAPON publicaram o instigante livro *Os Juízes na Mundialização – A Nova Revolução do Direito* (2006), no qual assinalam ter o Direito se tornado “bem intercambiável”, que transpõe as fronteiras “como se fosse um produto de exportação”. Cada vez mais, as regras que organizam a nossa vida comunitária são concebidas em outros territórios; e as que são concebidas internamente servem para formular o Direito em países estrangeiros. Durante muito tempo limitados à interpretação rigorosa do Direito, os juízes são hoje os agentes mais ativos de sua *mundialização* e, por conseguinte, engenheiros da sua transformação. A literatura especializada fala do “diálogo entre juízes”, “mundialização judicial” ou “auditório global”. Os autores elogiam, enfim, os fóruns mundiais de juízes, por permitirem “racionalizar a mundialização”.

4. BRASIL E CANADÁ: PERSPECTIVA COMPARATIVA

RENÉ DESCARTES realçava a importância de se viajar a outros países. Ao conhecer outros povos e costumes, julgamos mais saudavelmente os nossos (*O Discurso do Método*, p. 46).

No mundo contemporâneo, deveras, avulta o papel do estudo comparativo entre sistemas jurídicos. RENÉ DAVID, no célebre *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, destacava que o estudo dos direitos estrangeiros é um meio para o jurista adquirir o espírito internacional necessário no mundo novo. O estudo comparativo ganha relevância diante do fenômeno contemporâneo da *globalização*, quando os vários direitos se interpenetram, influenciam e comunicam. Os direitos do mesmo sistema são sempre comunicáveis, mas não é raro que sistemas também se interpenetrem. Existe, pois, comunicabilidade de direitos, civilização e ideologias (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. XII e 161-163).

Comparemos. O Brasil é República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Fede-

ral e constituída em Estado Democrático de Direito. Adota o sistema presidencialista (arts. 1º, *caput*, e 76 da Constituição Federal de 1988, FERREIRA FILHO, 1990, p. 17 e BASTOS, 1995, p. 348).

Em apertada síntese, tivemos ocasião de refletir sobre a formação social brasileira a partir da colonização portuguesa, iniciada no século XVI (GARCIA DE LIMA, 2002, p. 69-70). Nossos primeiros povoadores, trazidos pelo governador-geral Tomé de Souza, mais pareceriam baderneira tropa de ocupação do que pacífico grupo de colonizadores. Portugal havia ampliado tanto seu império, que era difícil mantê-lo de maneira ordenada, devido aos escassos recursos materiais e humanos. As Índias – termo que abarcava todo o Extremo Oriente – eram o destino preferencial dos recursos do tesouro régio e dos indivíduos mais corajosos e ambiciosos. O Brasil era para muitos uma condenação, não uma escolha. Com o novo governador chegaram cerca de 400 criminosos, para cumprir pena de degredo. Vieram também algumas mulheres, forçadas ou de livre vontade (CALDEIRA *et al.*, 1997, p. 30; BASTIDE, 1975, p. 20).

Sucederam-se a Independência (1822), o Império (Primeiro e Segundo Reinados) e a República (1889), mas persiste a herança do passado patrimonialista colonial, sob diferentes formas e graus. Reproduz manifestações de práticas autoritárias, na esfera privada e na esfera pública (FERREIRA; DELGADO, 2003, p. 7).

Possuímos malfazeja tradição de burlar a legalidade formal (GARCIA DE LIMA, 2003, p. 39). Diversamente, nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra não se elaboram leis que contrariam o bom senso e as regras da própria sociedade. Vale dizer, há adequação entre a prática social e o mundo constitucional e jurídico (DaMATTA, 1997, p. 97-99).

Aqui, legislamos em total dissonância com o meio cultural e social. Mudamos leis, mas não mudamos nossos costumes (BARBOSA LIMA SOBRINHO, 1956, p. 62). Transplantamos legislação de outros países, raramente assimiladas após superação de grandes dificuldades (SANTOS, 1998, p. 143). Há oito décadas, OLIVEIRA VIANA (1927, p. 26, 27 e 143) verberava:

Nesse encantamento pelo estrangeiro, que presumimos melhor, nesta fascinação pelo exótico, que presumimos mais perfeito,

nós, os ibero-americanos, nos esquecemos de nós mesmos – e isto é uma grande injustiça para com a nossa radiosa originalidade, para com o que há de grande e belo em nós mesmos.

Por sua vez, o Canadá incorporou o sistema constitucional britânico (MIRANDA, 1997, p. 139; RUFFÍA, 1998, p. 210-211). Quando as colônias americanas proclamaram a independência da Inglaterra, o *Québec Act* (1774) estabelecia a vigência do Direito Penal inglês, enquanto as causas privadas seriam regidas pela antiga legislação francesa (MORBIDELLI *et al.*, 1997, p. 174). O *Canada Act* (1791) ab-rogou o ato precedente e dividiu o país em duas províncias: Canadá Superior e Inferior. A Assembleia Legislativa do Canadá Superior (Ontário), habitado por ingleses, adotou em 1792 o Direito britânico (*common law*), mesmo para questões civis.

Desde 1867 (*British North America Act*), o Canadá se constituiu como Estado federal (CAMERON, 2008, p. 121-123; MORBIDELLI *et al.*, 1997, p. 174). É democracia parlamentar e monarquia constitucional. Tem a rainha da Inglaterra como chefe de Estado e o primeiro-ministro como chefe de governo. As tarefas de chefe de Estado são exercidas pelo governador-geral, representante da rainha (YOGIS; COTTER, 2009, p. 102-3, 121 e 228).

O Canadá possui três níveis de governos: federal, provincial e municipal, cada qual com suas respectivas competências (DEMAKOS *et al.*, 2009, p. 1).

O então primeiro-ministro PIERRE TRUDEAU conseguiu aprovar no Parlamento *The Constitution Act* (1982), notadamente a Carta de Direitos e Liberdades (BOTHWELL, 2007, p. 461-465; YOGIS; COTTER, 2009, p. 60-61).

Enfim, por sua tradição colonial francesa e inglesa o Canadá é daqueles países, referidos por ROBERTO DaMATTA (1997, p. 97-99), onde são elaboradas leis que não confrontam o bom senso e as regras de conduta social. Diversamente da experiência brasileira, há adequação entre o mundo constitucional e jurídico e as práticas da sociedade.

O multiculturalismo é grande característica da sociedade canadense (BOTHWELL, 2007, p. 503), sobretudo na transição do século XX para o XXI. Todas as culturas conviventes são consideradas igualmente importantes: canadense, inglesa, francesa, escocesa, ir-

landesa, alemã, italiana, chinesa, ucraniana e dos nativos americanos, dentre outras.

Detalhado panorama de sua pátria foi traçado pelo culto juiz MICHEL ROBERT, presidente da Corte de Apelação de Québec (palestra *A Corte de Apelação de Québec e seu papel diferenciado no Canadá*, 11.9.2010). *É país com imenso território, mas pouco populoso (cerca de 33 milhões de habitantes). A população se espalha ao longo da fronteira com os Estados Unidos. Possui recursos naturais extraordinários. É país bilíngue e “bi-jurídico” (civil law, em Québec, e common law, nas demais províncias). É país de imigração, em razão da falta mão de obra, sobretudo para exploração de recursos naturais. Logo, é país multicultural. Contudo, diversamente dos Estados Unidos, que procuram fundir todas as culturas numa “imensa cultura americana”, o Canadá adota o sistema “mosaico”, o qual incentiva as diversas culturas existentes a desenvolver suas peculiaridades.*

Nesse aspecto, relevante decisão foi tomada pela Corte Superior de Justiça de Ontário, em torno das *liberdades fundamentais de consciência, religião, pensamento e expressão*. Um imigrante indiano, que professa a religião *sikh*, foi autorizado a trafegar em sua motocicleta sem usar capacete, para não ser compelido a retirar o turbante, de uso obrigatório em sua religião (KITELY; MARROCO, *Julgando numa sociedade multiétnica*, 8.9.2010).

5. SISTEMAS JURÍDICOS E JUDICIÁRIOS

O sistema jurídico brasileiro filia-se à *família jurídica romano-germânica (civil law)* e o canadense à *família jurídica anglo-saxônica (common law)*, consoante célebre classificação de RENÉ DAVID (1996).

Todavia, mesmo não sendo o Canadá país latino, o Código Civil francês exerce influência em Québec (RÃO, 1991, p. 95), onde o Código Civil foi editado em 1866 e atualizado em 1994, para adaptação às novas realidades sociais e econômicas. Aquela província, por possuir Código Civil, distingue-se do restante da América do Norte. Outras províncias do Canadá e todos estados norte-americanos, exceto Louisiana, adotam regime de Direito Civil não codificado, denominado *common law* (BAUDOUIN-RENAUD, 2009, p. XXI). As cortes de Québec não são obrigadas a seguir decisões precedentes de outros juízes e decidem os casos conforme os preceitos estabelecidos pelo Có-

digo Civil; mas, na prática, também adotam precedentes (DEMAKOS *et al.*, 2009, p. 6-7).

MIGUEL REALE (1980, p. 141-142) distinguiu os ordenamentos jurídicos de *tradição romanística* (nações latinas e germânicas) e de *tradição anglo-americana* (*common law*). Os primeiros se caracterizam pelo *primado do processo legislativo*, com atribuição de valor secundário às demais fontes do Direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos em *O Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau. Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a *tradição dos povos anglo-saxões*, nos quais o Direito se revela muito mais pelos *usos e costumes* e pela *jurisdição* do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. O Direito é coordenado e consolidado em *precedentes judiciais*. Enfim, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas. Enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.

No Brasil, conforme o artigo 92, *caput*, da Constituição Federal, são órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Como decorrência da Federação, temos órgãos do Poder Judiciário nas esferas federal e estadual. O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, com a função fundamental de guardar a Constituição (BASTOS, 1995, p. 316-318).

No Canadá, o sistema judicial também é constituído em pirâmide. No topo figura a Suprema Corte, derradeiro grau de apelação. Manifesta a última palavra na interpretação das leis do país e declara total ou parcial invalidade das leis, em face da Constituição. Somente examina casos de relevância jurídica nacional (DEMAKOS *et al.*, 2009, p. 7).

A seguir figuram as Cortes de Apelação das províncias, as quais também podem rejeitar apreciação de casos sem importância.

Abaixo das Cortes provinciais figuram as *trial courts*, onde são decididos muitos casos cíveis e criminais. Em diversas províncias e jurisdições são criadas cortes especializadas para julgar crimes de menor potencial ofensivo, conflitos de família, infrações praticadas por crianças e adolescentes e pequenas causas cíveis.

Existe também a *Federal Court*, criada em 1970, composta pela *Trial Division* e a *Appeal Division* e dotada de competências específicas (YOGIS; COTTER, 2009, p. 108).

No Brasil, o ingresso na carreira da magistratura se dá mediante aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 93, inciso I, CF/1988), ressalvadas as nomeações para as Cortes superiores e as vagas do quinto constitucional, nos tribunais, reservadas aos membros da advocacia e do Ministério Público, onde a nomeação fica a cargo do chefe do Poder Executivo.

No Canadá, os juízes de todas as instâncias são nomeados pelo governo. Devem ser advogados ou professores de Direito, com experiência profissional mínima de dez anos. Participam da escolha representantes dos juízes, advogados e governo (O'CONNOR, *O Sistema Judicial Canadense*, palestra em 8.9.2010).

O sistema é bem assimilado pela cultura canadense e os cidadãos respeitam muito o Judiciário em seu país (juiz CHARLES T. HACKLAND, da Corte Superior de Justiça de Ontário, palestra em 17.9.2010).

6. INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA

Não se pode pressupor Estado de Direito sem Poder Judiciário autônomo e independente. É fórmula consagrada pela doutrina contemporânea e a prática das Constituições a consolidou (PINTO FERREIRA, 1991, p. 472). Nos Estados Unidos, WILLIAM O. DOUGLAS, juiz da Suprema Corte norte-americana, exaltava (1965, p. 96):

Um Judiciário independente é condição 'sine qua non' para uma sociedade livre. Onde ficam sujeitos ao Poder Executivo ou ao Legislativo, os juízes tornam-se instrumentos de expressão dos critérios ou caprichos dos detentores do poder.

A ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar das humilhações e não conhecer covardia, escrevia há décadas RUI BARBOSA (1951, p. 64). EDUARDO COUTURE (LIMA, 1980, p. 306-307) igualmente refletia:

O juiz é uma partícula da substância humana que vive e se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá hierarquia e dignidade espiritual. Mas, se o juiz como homem cede ante suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação. (...)

Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo.

Como “chave de abóbada” do sistema jurídico, o Judiciário não pode se omitir na defesa das pedras angulares do Estado Democrático de Direito – pregava o saudoso GERALDO ATALIBA (1998, p. 16-18):

Sendo a Constituição lei suprema, superior às demais, deve prevalecer sobre todas as normas, o que requer a desassombração de uma magistratura culta e imparcial – objetiva e subjetivamente imparcial (...), magistratura, essa, que se mova expeditamente, provocada por órgãos e agentes públicos e privados, empenhados no postular, instar, pedir, questionar incansavelmente no sentido do prestígio constitucional.

Os juízes se submetem unicamente ao império da lei. Submissão à lei exclui toda possível ingerência e inclui a obrigação do julgador de se sujeitar, na fundamentação jurídica que o leva a solucionar um conflito, ao sistema constitucional de fontes. Avulta, portanto, a submissão à lei como materialização normativa da vontade popular, expressada democraticamente, o que a converte em fonte de legitimidade do julgador (RUANO, 2010, p. 331).

É bastante delicado o tema *independência da magistratura*. Diversos regimes ditatoriais, ao longo da História, têm cerceado a independência dos juízes. Por exemplo, o nazismo criou na Alemanha doutrina autoritária do Direito e fez do juiz o *Führer* dos processos. Os homens eram manejados pelo sistema (EDUARDO COUTURE, *apud* LIMA, 1980, p. 306-307).

Regimes comunistas também manifestavam despreço pela independência judiciária. Vladimir Lênin, na extinta União Soviética, exteriorizava seu desprezo pela “*justiça imparcial burguesa*” (ULAM, 1976, p. 27). A República Popular da China, instaurada em 1949 por Mao Tsé-tung, implantou cruel ditadura onde os Tribunais da Justiça foram substituídos por comitês do Partido Comunista. Mao tinha aversão visceral à lei e os chineses ficaram totalmente desprovidos de proteção legal (HALLIDAY; CHANG, 2006, p. 401-402).

Na América Latina é preocupante a atual conjuntura da Venezuela, onde a juíza Maria Lourdes Afuni está presa desde dezembro de 2009, após relaxar a prisão do banqueiro Eligio Cedeño. Trata-se de ex-aliado do presidente Hugo Chávez, posteriormente acusado de fraudar o sistema de câmbio. Ela relatou (*Folha.com*, <<http://www1.folha.uol.com.br>>, 6.9.2010):

Estou há nove meses sem tomar sol. (...) Dei a ordem de liberdade e meia hora depois estava presa. Ficou evidente que ele era um prisioneiro político, e agora eu sou mais uma. Não houve suborno. A acusação já cruzou meus dados bancários e os de Cedeño. Não encontraram nada. Muitos advogados que vêm me visitar dizem que, desde que fui presa, nenhum juiz quer tomar uma decisão, por temor de represálias.

Na Colômbia, juízes passaram a ser alvo do crime organizado. A partir de diversos atentados praticados por narcoguerrilheiros – em um deles, em 1985, doze juízes da Suprema Corte morreram – a Justiça colombiana instituiu julgamentos conduzidos por “*juízes sem rosto*”, não identificados durante a instrução do processo e na publicação de decisões (*Folha de São Paulo*, 13.6.2006, caderno *Cotidiano*).

No Brasil – à semelhança de outros países latino-americanos – a tradição é de predominância autoritária do Poder Executivo. Na República Velha, a mística governamental encobria formas de coerção que geralmente funcionavam na base do critério pessoal. Juízes, funcionários públicos, deputados e outros agentes dependiam do beneplácito do governo. Curvavam-se ao seu poder absoluto (CARONE, 1972, p. 268).

O governo ditatorial do marechal Floriano Peixoto desfizera *ab initio* devaneios republicanos. Em 1893, ao saber que o Supremo Tribunal Federal concedera *habeas corpus* a um opositor do governo, o

Presidente Floriano assim se expressou (BALEEIRO, 1968, p. 24-25): “Eles concedam a ordem, mas depois procurem saber quem dará *habeas corpus* aos ministros do Supremo Tribunal Federal.”

EVANDRO LINS E SILVA vivenciou ditaduras no curso de sua longa e brilhante carreira jurídica. Prestou valioso depoimento histórico nas memórias *O Salão dos Passos Perdidos* (1997). Relembra o Tribunal de Segurança Nacional, tribunal de exceção instituído durante a ditadura do *Estado Novo*; atritos do marechal Castelo Branco com o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Ribeiro da Costa; cassação dos Ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima, após a edição do Ato Institucional nº 5 (1968), em virtude de várias ordens de *habeas corpus* deferidas pelo Supremo em favor de pacientes perseguidos pelo regime; e aposentadoria do Ministro Adauto Lúcio Cardoso, em 1971, quando, em gesto teatral, “jogou a toga e abandonou o Supremo”, após a Corte convalidar lei que estabelecia censura prévia.

Ainda hoje são cortejados poderosos “coronéis” regionais. Setores da mídia gracejam com a submissão do Judiciário a seus desmandos (*Revista Veja*, edição de 12.8.1998, seção *Radar*, nota *O modelo baiano*):

Numa roda de conversa no Alvorada, um grupo discutia as mazelas do Poder Judiciário – para concluir que é preciso ter um controle externo ao poder dos togados. Um dos presentes sacou ligeiro: ‘Lá na Bahia já tem controle externo. Eu’. Era o Senador Antonio Carlos Magalhães, é claro.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira (art. 99, *caput*). Atribui aos juízes garantias de *vitaliciedade*, *inamovibilidade* e *irredutibilidade de subsídio*. Veda-lhes o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; recebimento, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo; dedicação à atividade político-partidária; recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (art. 95, *caput*, e parágrafo único).

Conforme o Professor LUC HUPPÉ (palestra sobre *Direitos, Independência e Obrigações dos Juizes Canadenses*, 14.9.2010), no Canadá, o tema independência dos juizes é indissociável da evolução do estatuto jurídico da magistratura.

A Constituição Canadense somente faz menção indireta à independência judicial, ao assegurar aos cidadãos o direito fundamental de serem julgados por *juiz independente*. Os próprios magistrados buscaram consolidar sua independência, que lhes garante julgar as causas com imparcialidade e segundo suas livres convicções, sem se submeter a pressões de qualquer natureza. O Poder Executivo não pode pressionar juizes e tampouco pode o Poder Legislativo elaborar lei para desconstituir decisão judicial.

Em síntese, caracterizam a independência dos magistrados canadenses: a) garantias de inamovibilidade; b) irredutibilidade de vencimentos; c) destituição somente após investigação, com possibilidade de ampla defesa, perante o Conselho de Magistratura Canadense; d) vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade – 70 anos, em Québec; e) remuneração e proventos de aposentadorias adequados, fixados por lei; f) remuneração isonômica, percebendo iguais vencimentos em 1ª e 2ª instâncias e assegurada gratificação ao *juiz-chefe* de tribunal; g) valor dos vencimentos estabelecido por *comissão de remuneração* para despolitizar essa delicada questão; e h) autonomia administrativa para gerir o funcionamento dos órgãos judiciários.

Segundo a Suprema Corte do Canadá, a independência é garantia para o jurisdicionado ser julgado por juiz imparcial, concluiu HUPPÉ.

Valoriza-se muito a independência dos juizes. Até mesmo a associação dos advogados – *Bar Association* – propugna por ela (CRONK, *The Bar e Upper Canada Law Society*, palestra em 9.9.2010).

Destaca-se a inexistência de carreira no sistema judiciário canadense. Segundo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (1995, p. 105), no modelo de matriz anglo-saxônica – como o canadense – os juizes são selecionados entre advogados de maior prestígio e não integram “carreira” no sentido burocrático:

Entre os juizes ingleses não se fomenta o ‘carreirismo’, porque não se prevê em particular qualquer mecanismo formal de progressão: a designação do juiz não representa o primeiro degrau

de qualquer carreira. Aquele que cumprir uma função judicial (...) deve saber que ficará para sempre na mesma posição.

O sistema judiciário brasileiro é de matriz francesa. Conforme ZAFFARONI (1995, p. 100-101), a Revolução Francesa consolidou a figura do juiz como funcionário público. Atualmente é modelo “tecnoburocrático”, cuja tendência mais acentuada é a estruturação da magistratura na forma de uma carreira verticalizada e governada por suas cúpulas. O jurista argentino critica a falta de independência interna nos Judiciários que adotam esse modelo (1995, p. 88-89):

A lesão à independência interna costuma ser de maior gravidade do que a violação à própria independência externa. (...) Os corpos colegiados exercem uma ditadura interna e se divertem aterrorizando seus colegas. Abusam de seu poder cotidiano. Através desse poder vertical, satisfazem seus rancores pessoais, cobram dos jovens suas frustrações, reafirmam sua titubeante identidade, desenvolvem sua vocação para as intrigas, desprendem sua egolatria etc., mortificando os que, pelo simples fato de serem juizes de diversa competência, são considerados seus ‘inferiores’. Deste modo, desenvolve-se uma incrível rede de pequenez e mesquinhas vergonhosas.

Nesse aspecto, os juizes brasileiros são menos independentes do que os canadenses. Haja vista, entre nós, a insolúvel questão das promoções por merecimento. Propiciam graves violações aos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas. A despeito das demandas de associações de magistrados, o Conselho Nacional de Justiça até aqui não teve força para coibir irregularidades verificadas cotidianamente nos tribunais pátrios.

A propósito, quando ainda atuava na primeira instância, tive ocasião de ponderar (GARCIA DE LIMA, *Casa de Ferreiro, Espeto de Pau*, 27.11.2006):

Desde que ingressei na carreira da magistratura (...) senti o respeito que usufruí o juiz de direito nas comunidades. A legislação nos atribui enorme gama de poderes para desempenharmos o árduo mister jurisdicional. Julgamos autoridades integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, poderosos agentes econômicos e grandes proprietários rurais. Exercemos poder de polícia nas audiências, para concitar à ordem as partes e advogados. Mandamos conduzir coercitivamente testemunhas recalcitrantes. A

nossa poderosa caneta pode assinar decretos de prisão, seqüestro de bens e separação de corpos.

Todavia, somos figuras diminutas perante as instâncias superiores. Para disputarmos promoções por merecimento ou mesmo uma singela remoção, temos de nos submeter ao famoso ‘beijamão’ perante os ilustres desembargadores integrantes dos órgãos especiais.

Enfim, a Constituição brasileira de 1988 ampliou e aprofundou a presença do Direito, suas instituições e procedimentos na vida política e social, visando à proteção de bens públicos e minorias e à defesa da cidadania contra a ação do Estado e empresas. Facilitou o acesso à Justiça. No entanto, paradoxalmente, não existe democracia interna no Poder Judiciário (LUIZ WERNECK VIANNA, *O Juiz e a Democracia no Poder Judiciário*, 22.3.2006).

Segundo WILLIAM BINNIE, juiz da Suprema Corte do Canadá, em seu país não há tolerância com corrupção. Por exemplo, se qualquer autoridade política dirigir a qualquer juiz simples pedido para agilizar um feito, o episódio se transforma em grande escândalo nacional. A autoridade acaba por renunciar ao cargo, como já ocorreu com um ministro de Estado (*Perspectivas para o Judiciário*, Ottawa, 17.9.2010).

No Brasil, verifica-se prática oposta. Quando foi implantada a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, a imprensa noticiava (*Folha de São Paulo*, 28.5.2004, caderno *Brasil*):

O ministro Amir Lando (Previdência) disse ontem ao presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, que a derrubada da contribuição previdenciária de servidores inativos e pensionistas impediria o governo de arrecadar cerca de R\$ 1,9 bilhão por ano. Lando pediu audiência a Jobim e foi recebido em intervalo de sessão do STF, um dia após o tribunal iniciar o julgamento sobre a constitucionalidade da tributação e sinalizar uma derrota do governo.

Outra delicada questão diz respeito ao convívio de magistrados com advogados. HUGO LAFAYETTE BLACK, célebre juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, recebeu certa feita a visita de Thomas G. Corcoran, amigo de longa data e advogado. Ele fora ao

tribunal comentar decisão antitruste tomada pela Corte, desfavorável a uma grande companhia de gás (WOODWARD; ARMSTRONG, 1985, p. 101-102):

Black ficou chocado. Ninguém jamais viera até a Suprema Corte para tentar influenciar um juiz, nem mesmo para ‘dar uma palavrinha’ para ajudar um requerente. A simples menção de um caso pendente feita num coquetel era proibida. Os contatos com os juízes fora da Corte para comentar casos eram antiéticos.

*No Canadá, a praxe recomenda que o juiz somente receba o advogado na presença do ex adverso e das partes. De forma diversa, haveria risco do conteúdo da conversa não ser repassado às partes ou ser transmitido de forma deturpada (BINNIE, DALPHOND; SOUZA, palestra *Perspectivas para o Judiciário*, 17.9.2010). Semelhante cautela, em nome do princípio do contraditório, é adotada nos Estados Unidos e na Argentina (GARCIA DE LIMA, *O Acesso dos Advogados aos Magistrados*, 04.3.2009).*

É situação a ser meditada no Brasil, onde vigora obrigação de qualquer magistrado receber advogados em seu gabinete (art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.906/94). Infelizmente, na prática forense verificamos que, não raro, essas “audiências” são utilizadas para pressionar os magistrados a conceder alguma decisão de interesse das partes representadas.

7. CONCLUSÃO

Foi bastante proveitosa a experiência haurida durante a participação no Congresso Internacional da AMB no Canadá.

Conhecemos um país bastante diverso do nosso, o qual já atingiu elevado nível cultural, social e econômico. Uma cultura capaz de assimilar democraticamente costumes das várias etnias em convívio pacífico.

O sistema legal canadense – como sói acontecer em países desenvolvidos – é funcional e se harmoniza com as práticas sociais vigentes. Leis são feitas para ser cumpridas.

O Poder Judiciário é bem estruturado no Canadá. *A priori* os juízes brasileiros ficamos tentados a considerar nossos homólogos canadenses menos independentes, porque são nomeados pelo Poder Executivo para todas as cortes.

O equívoco logo se desfaz: a magistratura canadense é deveras independente e não sofre ingerências do poder político. Tampouco se submete a pressões *interna corporis* por causa da inexistência de carreira judiciária no modelo anglo-saxônico lá adotado.

Em suma, verifica-se maior grau de independência da magistratura canadense em relação à brasileira, decorrência da supremacia cultural, social e econômica do Canadá.

Impressionou-me sobremaneira a peroração do juiz MICHEL ROBERT, presidente da Corte de Apelação de Québec (palestra em 11.9.2010):

É difícil falar sobre o Canadá e sua Cortes em quarenta minutos, sobretudo quando se ama este país. Agradeço a oportunidade de falar de um país que amo muito e isso me deixa muito orgulhoso.

De colonização portuguesa, o Brasil, passados mais de quinhentos anos do Descobrimento, ainda está em lento processo de construção. RUBENS RICUPERO (O Sentido dos Descobrimientos, Folha de São Paulo, 19.3.2000) menciona CELSO FURTADO – para quem o Brasil é um país de “construção interrompida” – e JOAQUIM NABUCO – para quem o Brasil é país sem povo, onde falta fazer de um conjunto de escravos um povo de cidadãos:

O sentido para o futuro que devemos extrair do nosso passado é completar a obra da Independência e da Abolição, isto é, integrar à sociedade brasileira os milhões de pobres, marginalizados, excluídos, sem-terra, sem-teto, sem-trabalho, criar um povo de cidadãos prósperos com acesso à educação e à informação, atores plenos da economia de mercado como produtores, detentores de emprego e consumidores.

Essa, aliás, é a única maneira de tornar possível inserir o Brasil no mundo com integração de qualidade, e não apenas de quantidade, assegurando que, dessa vez, a integração internacional será reforço, não estorvo, à coesão interna.

Nosso país ainda cultiva cultura *patrimonialista*, na qual os detentores de posições públicas de responsabilidade demonstram dificuldade para compreender a distinção fundamental entre os domínios privado e público (HOLANDA, 1976, p. 105-106).

A experiência sorvida no Canadá, longe de nos diminuir, indica a premência de nos empenharmos na edificação da Nação brasileira. Construção que deverá ser calcada na consolidação do Estado Democrático de Direito e na ética.

Desde os clássicos filósofos gregos, como SÓCRATES, PLATÃO e ARISTÓTELES, a Ética é exaltada como prática da virtude: fazer o bem, não fazer o mal. Todas as concepções morais – na feliz síntese de WILL DURANT (2000, p. 61-62) – giram em torno do bem geral. A moralidade começa com associação, interdependência e organização. A vida em sociedade requer a concessão de uma parte da soberania do indivíduo à ordem comum; e a norma de conduta acaba se tornando o bem-estar do grupo.

Integra a construção da Nação brasileira a consolidação de um Poder Judiciário fortalecido e independente. À semelhança das grandes democracias do hemisfério norte, os brasileiros poderão então seguir o exemplo do *Moleiro Arnold* (REIS, *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 14/182):

Desejando aumentar os jardins do palácio Sans Souci, em Potsdam, Frederico II, o Grande, encontrou um obstáculo, impedindo a realização do projeto: um moinho. Assim, exigiu a cessão do terreno, mas o moleiro, obstinado na resistência, respondeu-lhe: ‘Oui, si nous n’avions pás de juges à Berlin’, ‘Sim, se não tivéssemos juízes em Berlim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização – A Nova Revolução do Direito*. Tradução: Rogério Alves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA LIMA SOBRINHO. *Sistemas Eleitorais e Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956.

BARBOSA, Rui. *Oração dos Moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

- BASTIDE, Roger. *Brasil, Terra de Contrastes*. Tradução: Maria Isaura Pereira Queiroz. São Paulo: Difel, 1975.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BAUDOIN, Jean-Louis; RENAUD, Yvon. *Code Civil du Québec*. Montreal: Wilson & Lafleur Itée, 2009.
- BINNIE, William Ian Corneil; DALPHOND, Pierre; SOUZA, Maria Linhares. *Perspectivas para o Judiciário*, mesa redonda durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB Ottawa, Canadá, 17 de setembro de 2010.
- BOTHWELL, Robert. *The Penguin History of Canada*. Toronto: Penguin, 2007.
- CALDEIRA, Jorge *et al.* *História do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- CAMERON, David. *La Fédération Canadienne*. In: SHIVELY, W. Phillips. *Pouvoir et Décision – Introduction à la Science Politique*. 3. ed. Montreal: Chenelière McGraw-Hill, 2008, p. 121-123.
- CARONE, Edgard. *A República Velha – Instituições e Classes Sociais*. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Os Valores do Direito Comercial e a Autonomia do Judiciário*. Brasília: Revista da Escola Nacional da Magistratura, n. 2, out. 2006, p. 82-89.
- CRONK, Eleanore. *The Bar e Upper Canada Law Society*, palestra proferida durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Toronto, Canadá, 9 de setembro de 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DaMATTA, Roberto. *O Que Faz o Brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1997.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Hermínio A. Carvalho, 1996.
- DEMAKOS, Antree; LEVINE, Ian D.; CRAWFORD, Michael F.; MIDDLEMISS, James C. *Your Guide to Canadian Law*. Markham, Ontario: Fitzhenry and Whiteside, 2009.
- DESCARTES, René. *O Discurso do Método*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro. Tradução: João Cruz Costa.

- DOUGLAS, William O. *Anatomia da Liberdade*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. Tradução: Geir Campos, 1965.
- DURANT, Will. *A História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva, 2000.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica – Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil Republicano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Livro 4, 2003.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Casa de Ferreiro, Espeto de Pau*, artigo publicado no portal da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, <<http://www.amb.com.br>>. Acessado em: 27 nov. 2006.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Neoliberalismo e Globalização: Para Entender o Mundo em que Vivemos*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 225, jul./set. 2001, p. 131-141.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *O Acesso dos Advogados aos Magistrados*, artigo publicado no portal da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, <<http://www.amb.com.br>>. Acessado em: 4 de mar. 2009.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *O Direito Administrativo e o Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.
- GREBLO, Edoardo. *Globalización, Democracia, Derechos*. Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión. Tradução: Heber Cardoso, 2005.
- HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. *Revista Direito Público*. Brasília: Ed. Síntese, n. 13, jul./set. 2006, p. 99-120.
- HACKLAND, Charles T.; ISABELLE, Pierre. *Administração, Controle e Gestão das Cortes Canadenses. Autonomia, Democracia Interna e Participação dos Juizes*, palestra proferida durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, *Ottawa, Canadá, 17 de setembro de 2010*.
- HALLIDAY, Jon; CHANG, Jung. *Mao – A História Desconhecida*. São Paulo: Companhia das Letras. Tradução: Pedro Maia Soares, 2006.
- HERNÁNDEZ, Concepción Escobar (Org.). *Instituciones de Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradução: Luís Afonso Heck, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1976.

HUPPÉ, Luc. *Direitos, Independência e Obrigações dos Juízes Canadenses*, palestra proferida durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, *Universidade McGill, Montreal, Canadá, 14 de setembro de 2010*.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina. Tradução: Silveira Ramos, 2002.

KITELY, Fran; MARROCO, Frank. *Julgando numa sociedade multi-étnica*, palestra proferida durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, *Toronto, Canadá, 8 de setembro de 2010*.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980.

LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Ed. FGV, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 1997.

MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. *Diritto Costituzionale Italiano e Comparato*. Bologna: Monduzzi Editore, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Civil Contemporâneo: um Enfoque Comparativo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 370, nov./dez. 2003, p. 53-63.

O'CONNOR, Dennis. *O Sistema Judicial Canadense*, palestra proferida durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, *Corte de Apelações de Ontário, Toronto, Canadá, 8 de setembro de 2010*.

OLIVEIRA VIANA. *O Idealismo na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Terra do Sol, 1927.

ONIDA, Valerio. *La Costituzione Ieri e Oggi*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2008.

PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droits Constitutionnels Étrangers*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.

- PINTO FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, v. 1, atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1991.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- REIS, Carlos David S. Aarão. *O Processo do Moleiro Arnold e Suas Lições Para a Atualidade*. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, v. 14, 1996, p. 182-189.
- RICUPERO, Rubens. *O Sentido dos Descobrimentos*. *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 19 de março de 2000, p. 2-2.
- ROBERT, Michel. *A Corte de Apelação de Québec e seu papel diferenciado no Canadá*, palestra proferida durante o I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Corte de Apelações de Québec, *Montreal, Canadá, 11 de setembro de 2010*.
- RUANO, Pedro Martínez. El Poder Judicial. In: ZAMORA, Miguel Agudo et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Tecnos, 2010.
- RUFFÍA, Paolo Biscaretti di. *Constituzioni Stranieri Contemporanee*. Milão: Giuffrè Editore, 1994.
- RUFFÍA, Paolo Biscaretti di. *Introducción ao Derecho Constitucional Comparado. Las “Formas de Estado” y las “Formas de Gobierno”. Las Constituciones Modernas*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. Tradução: Héctor Fix-Zamudio, 1998.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Décadas de Espanto e uma Apologia Democrática*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1998.
- SHIVELY, W. Phillips. *Pouvoir et Décision – Introduction à la Science Politique*. 3. ed. Montreal: Chenelière McGraw-Hill, 2008.
- ULAM, Adam B. *Os Bolcheviques*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Tradução: Francisco Manoel da Rocha Filho e Archibaldo Figueira, 1976.
- VIANNA, Luiz Werneck. *O Juiz e a Democracia no Poder Judiciário*, fonte: <http://www.cedes.iuperj.br/>. Acessado em: 22 mar. 2006.
- WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por Detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva. Tradução: Torrieri Guimarães, 1985.
- YOGIS, John; COTTER, Catherine. *Canadian Law Dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – Crises, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Editora RT. Tradução: Juarez Tavares, 1995.

ZAMORA, Miguel Agudo *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Tecnos, 2010.

7

A SOCIEDADE EMPRESÁRIA COMO DESTINATÁRIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS: AINDA EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO COM O AUXÍLIO DE CONCEITOS ECONÔMICOS

Mateus Bicalho de Melo Chavinho¹

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade dissertar sobre as dificuldades de se buscar um conceito jurídico da sociedade empresária como consumidora, assim considerado em seu sentido estrito, tratado no *caput* do art. 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Além disso, o artigo trata das correntes finalista e maximalista que se formaram, bem como das divergências doutrinárias a respeito do tema. Finalmente, após defender a necessidade do auxílio da própria Ciência Econômica para enriquecer o estudo do tema, são expostos dois casos já enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo a problemática enfrentada.

ABSTRACT

The present article aims at disserting on the difficulties of searching a juridical concept for the entrepreneurial company as a con-

¹ Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Empresarial na PUC Minas. Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais.

sumer, in a strict sense, present in the *caput* of article 2 of law 8,078 of September, 11 1990. Besides, the article deals with the finalist and maximalist currents which were formed, as well as the doctrinal divergences concerning the topic. Lastly, after defending the urge for help in the own Economic science to enrich the topic's study, they are exposed two cases already dealt with by the Justice Supreme Court concerning the issue.

1. INTRODUÇÃO

Enquanto ato jurídico, o consumo é um instituto diretamente relacionado com a obtenção de um bem ou serviço, interessando-se, assim, ao Direito Econômico, porquanto definidor de políticas relacionadas ao objeto de proteção do Direito do Consumidor e seus efeitos no ordenamento jurídico.

Deveras, o relevo conferido ao instituto revela-se sobremaneira vultuoso, tendo em vista que o próprio legislador constituinte o erigiu à posição de princípio geral de atividade econômica, no art. 170, V, da Constituição Federal, além de fazer parte, a proteção ao consumidor, do elenco dos direitos e garantias fundamentais, refletida no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal.

Com efeito, o Direito pátrio foi contemplado com a edição da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que se traduz em verdadeiro Código² de proteção e de defesa do consumidor, regulamentador das relações jurídicas de consumo, além de disciplinar as situações derivadas da sua abrangência, com valores e princípios próprios e uma sistemática peculiar.

Aludida sistemática surgiu para amparar as enormes desigualdades verificadas com a proteção do direito das obrigações, mitigado pelas

² “E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas, repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (*arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51, etc.*)”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 917 p.

transformações ocorridas no século XX, notadamente a revolução industrial, que, dentre outros fatores, determinou o surgimento de contratos por adesão, em massa, com cláusulas predeterminadas pelos fornecedores, que diminuem ou impossibilitam o poder de barganha do consumidor. Com efeito, nesse quadro fático traçado, inoperantes se mostravam os meios clássicos de defesa contra os grandes capitalistas, como, por exemplo, o velho instituto dos vícios redibitórios, o que ensejou o surgimento de normas que protegessem o direito das partes mais vulneráveis nas relações de consumo, as quais organizaram-se sob o rótulo da lei em voga.

O legislador, pois, efetivamente conferiu um tratamento desigual entre fornecedores e consumidores, reconhecendo a vulnerabilidade desses, e, assim, criando uma gama de benefícios e facilidades, visando, sempre, a proteção do consumidor e, por via reflexa, preservando o instituto do consumerismo, sendo certo que, dentre os beneplácitos surgidos pode-se destacar a assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente, a criação de promotorias e juizados especializados na proteção e no julgamento de causas relacionadas ao consumidor, proteção contra cláusulas abusivas, publicidade enganosa, possibilidade de inversão processual do ônus da prova, desde que obedecidos os requisitos peculiares preceituados na lei, dentre várias outras facilidades de tratamento, sempre levando-se em consideração e como fundamento básico o reconhecimento da desigualdade existente entre o consumidor e o fornecedor na relação de consumo.

A despeito do afirmado, o Código de Defesa do Consumidor não foi inserido no ordenamento jurídico, com a finalidade de revogar o Código Civil e o Código Comercial,³ no que se refere às relações jurídicas entre partes iguais, ou seja, há negócios jurídicos visando a

³ “No direito privado brasileiro anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, as obrigações entre os particulares, salvo as decorrentes de relação de emprego, dividiam-se em civis e comerciais. Dois grandes regimes jurídicos disciplinavam os atos privados, sendo um geral, estabelecido pelo direito civil, e outro específico, pelo direito comercial. Para circunscrever o âmbito deste último e, assim, delimitar as fronteiras entre os sistemas respectivos, valiam-se os doutrinadores de conceitos como o de atividade comercial, atos de comércio ou empresa. A compra e venda, portanto, era civil ou comercial segundo se inserisse ou não no contexto de cada regime jurídico, de acordo com tais conceitos.”

obtenção de um bem ou serviço, que continuam sendo regidos por aqueles diplomas legais, como, por exemplo, compra e venda entre comerciantes.

E, de qualquer forma, seria inconcebível que houvesse a incidência do amplo manto protetor existente na lei consumerista em todas as relações jurídicas, razão pela qual optou o legislador em apresentar diversas definições na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, a fim de que houvesse a efetiva delimitação de incidência das normas correlatas.

Dentre os conceitos existentes no Código de Defesa do Consumidor, situa-se a definição de um dos sujeitos da relação de consumo, qual seja, o próprio consumidor, como sendo “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”, segundo o art. 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Se é certo que todo conceito deve ser formado por princípios,⁴ a fim de que seja bem retratado o verdadeiro sistema em que o valor está inserido, não parece que a definição em voga esclarece efetivamente o campo de aplicação da lei consumerista.

Entretanto, o conceito de consumidor apresentado pelo legislador não foi preciso ao ponto de dispensar digressões doutrinárias a seu respeito. A inexatidão conceitual levada a efeito reflete diretamente na necessidade doutrinária em elucidá-lo, de modo a que haja uma clara delimitação do seu alcance normativo.

O tema desperta ainda mais dificuldade, quando analisada a posição da pessoa jurídica como consumidora, haja vista a sua precípua finalidade lucrativa, o que sugere diversificados questionamentos quanto à sua posição de hipossuficiência e vulnerabilidade no sistema consumerista.

In: COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 309 p.

⁴ A doutrina subdivide os princípios em: informativos e fundamentais. Os informativos caracterizam-se por seu conteúdo técnico e praticamente destituído de qualquer ideologia. São verdadeiros dogmas, sendo despicienda sua demonstração e desnecessárias maiores indagações. Os princípios fundamentais, por sua vez, contrariamente aos informativos, são opções político-ideológicas realizadas pelo sistema jurídico. Dessa sorte, torna-se admissível a existência de princípios antagônicos, dependentes, unicamente, da escolha realizada pelo sistema jurídico.

A experiência contida no Direito comparado também não favorece o esclarecimento do tema, tendo em vista que o conceito de consumidor é extremamente variado e impreciso em diversos países⁵, fazendo com que haja a necessidade de se buscar uma definição mais uniforme sobre o tema.

Por sua vez, embora já tenha transcorrido um período de mais de 20 (vinte) anos de vigência da Lei n. 8.078, de 1990, também não há qualquer consenso pretoriano quanto à pacificação da polêmica noticiada. Os Tribunais pátrios proferem decisões extremamente opostas quanto aos casos que são levados a julgamento.

Da mesma forma, embora já tenha havido um maior estudo doutrinário a respeito do tema, ainda não houve uma pacificação doutrinária a respeito da correta limitação do alcance da definição da pessoa jurídica como consumidora, o que reflete, ao mesmo tempo, na necessidade de que haja mais estudos acadêmicos, sempre visando a solução do aparente conflito criado pelo legislador e a consequente pacificação social advinda do amparo doutrinário.

2. A FIGURA DO CONSUMIDOR NO DIREITO PÁTRIO

A imprecisão técnica da definição de consumidor contida na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conduziu a diversos conceitos doutrinários. O jurista Josimar Santos Rosa,⁶ ao apresentar um estudo sobre a variação conceitual do instituto, colaciona algumas relevantes definições do consumidor, a saber:

O consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão (Bourgoignie, 1992, p. 36).

⁵ “Não existe no direito belga e no estrangeiro, nenhuma definição única do termo ‘consumidor’”. In: BOURGOIGNIE, Thierry. O Conceito Jurídico de Consumidor. São Paulo. *Revista Direito do Consumidor*, n. 2, p. 3-51, abr. 1992.

⁶ ROSA, Josimar Santos. *Relações de Consumo*. [s.n.t.].

Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir (Sidou, 1997, p. 2)

Consumidor é aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se por isso uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos (Bulgarelli, 1983, p. 44).

O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários (Comparato, 1978, p. 476)

Consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais (Benjamin, 1988, p. 78).

Em todas as definições apresentadas, há os elementos apresentados pelo legislador pátrio, na formação conceitual do consumidor. Todavia, segundo Carlos Ferreira de Almeida,⁷ há três elementos sempre comuns em todas as definições de consumidor, sejam eles adotadas no Direito pátrio ou alienígena, quais sejam, o elemento objetivo, subjetivo e teleológico.

O elemento objetivo é a contemplação do consumidor como usuário de bens e serviços, ou seja, o requisito único para a satisfação da qualidade consumerista, levando-se em consideração apenas o critério objetivo, ou seja, adquirir bens e/ou serviços. Note-se que o amparo apenas no elemento objetivo não é suficiente⁸ para a delimitação conceitual do instituto, tendo em vista a conjugação de outros fatores.

⁷ Mencionado por ROSA, Josimar Santos. *Op. cit.*, p. 25.

⁸ O jurista francês Thierry Bourgoigne, *op.cit.*, p. 25, ao desenvolver brilhante estudo sobre as concepções objetiva e subjetiva presentes no conceito de consumidor, assim se manifestou sobre aquela: “A concepção objetiva da noção de consumidor permite então incluir no campo das preocupações do direito do consumo os profissionais, industriais, comerciantes ou prestadores de serviços que adquirem, para as necessidades de suas empresas, bens de capital e até

O elemento subjetivo da definição restringe, ainda mais, o campo de aplicação da norma consumerista. Aludida concepção, amplamente adotada em países europeus, leva em consideração características do próprio sujeito da relação de consumo, como na legislação alemã,⁹ na qual, para que seja caracterizada uma relação de consumo, é necessário que a aquisição do bem ou serviço seja realizada com a finalidade “privada” ou de destinação final fática.

Segundo Bourgoigne,¹⁰ a abordagem subjetiva do consumidor se interessa mais sobre a pessoa do que sobre o ato, mais sobre a intenção do que sobre o fato, e, assim, somente se considera consumidor quem adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, sem que seja promovida uma atividade de produção, transformação, distribuição ou prestação relativa ao mesmo bem ou serviço, no quadro do comércio ou profissão.

O elemento teleológico, por sua vez, considera o consumidor como destinatário final dos bens produzidos e serviços prestados. A expressão utilizada pelo legislador pátrio é o marco inicial necessário para que seja promovida uma classificação e diferenciação das pessoas aptas a se beneficiarem das normas consumeristas e aquelas outras que, ao adquirir um bem ou serviço, devem ser socorrer ao Direito tradicional, civil ou comercial, como manto protetor das relações jurídicas que forem levadas a efeito.

Feitas essas considerações, convém localizar o critério adotado no Direito pátrio. Ao analisar a norma insculpida no art. 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, pode-se concluir que foi adota-

mesmo de investimento. Ainda permanece, da definição proposta, muitos perigos, dos quais um deles, o principal, nos obriga a afastá-lo. Colocando ênfase sobre o caráter irreversível da destruição provocada pelo ato de consumo, ele coloca o problema referente às trocas concluídas no mercado de bens de ocasião. O consumidor pode, por sua intervenção, não ressaltar todo o valor mercadológico do bem que ele consome, mas colocá-lo no circuito da distribuição e trocas, oferecendo aos novos adquirentes, profissionais ou não, para quem o bem conserva sua utilidade e que podem, por outro lado, não ser mais que intermediários. Os atos de consumo são então colocados sem que o bem consumido chegue ao termo de sua vida econômica ou comercial”. (Grifos nossos)

⁹ Legislação alemã de 1976 sobre condições gerais dos negócios, bem como o *Consumer Safety Act* britânico.

¹⁰ Op. cit., p. 26.

do o elemento objetivo pelo legislador,¹¹ quando mencionou ser “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos e serviços.” Todavia, não se pode afastar o fato de que também houve a conjugação do elemento teleológico “como destinatário final”, sendo certo que a necessária limitação do legislador age no sentido de restringir a proteção do Código apenas às pessoas que satisfizerem a condição indicada.

Todavia, como já salientado, a limitação relativa ao elemento teleológico contido na definição de consumidor é imprecisa, porém definitiva, no sentido de clarear os efeitos da norma jurídica e alcance do próprio manto consumerista nas relações jurídicas. Em que pese o fato de que a expressão “destinatário final” não desperta dúvidas quanto à necessidade de se retirar o bem do mercado (ato objetivo), há uma enorme dificuldade doutrinária em se demonstrar o sentido da expressão sobre as relações em que o sujeito adquire o bem ou serviço para utilizá-lo em sua profissão ou empresa, quando adquire como profissional, com o fim de lucro (elemento subjetivo).

Outrossim, a questão ainda recebe especial relevo quando considerada a pessoa jurídica como integrante da relação jurídica mencionada, eis que, tendo, a princípio, a finalidade de lucro, na satisfação do seu objeto social, tortuosa se mostra a harmonização do alcance da expressão “destinatário final” com a sua atividade intermediária, tomada no sentido econômico de gerar lucros.

Assim sendo, necessária é a interpretação da expressão “destinatário final” inserida na norma, para que seja solucionada ou, pelo menos, iniciado o desafio sobre a definição acerca do tema e, via reflexa, para demonstrar o próprio campo de aplicação da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Para cumprir o desiderato, foram desenvolvidas duas correntes doutrinárias, quais sejam, a corrente finalista e a corrente maximalista.

¹¹ “A letra do Código, conforme já exposto, não ampara – pelo menos não ostensivamente – este entendimento. Omite, ao formular o conceito de consumidor, quaisquer considerações de índole subjetivista, limitando-se a aludir à vaga noção de ‘destinação final’ do bem consumido.” *In*: GOUVÊA, Marcos Maselli. O Conceito de Consumidor e a Questão da Empresa como ‘Destinatário Final’. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 23-24, p. 187-192, abr. 1995.

2.1 A Corrente Finalista

Segundo a jurista Cláudia Lima Marques,¹² os finalistas¹³ são os pioneiros do consumerismo. Consoante essa corrente, a expressão “destinatário final” constante na norma contida no art. 2º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, deve ser interpretada de forma restrita,¹⁴ porquanto determinado pelos princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 4º e 6º.

Aludidos princípios, como já salientado, ao reconhecerem a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, prezam pelo atendimento das necessidades dos consumidores, sua dignidade, sua saúde, sua segurança, por meio dos próprios planos ou políticas de Direito Econômico, a serem implementadas. Logo, a teleologia dos dispositivos em voga não poderiam beneficiar a todas as pessoas indistintamente consideradas, mas, sim, às consideradas pela lei, segundo a limitação teleológica do dispositivo em análise.

Desse modo, segundo a corrente finalista, para que seja consumidor, a pessoa jurídica ou física deve ser o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, ou seja, não basta simplesmente retirar o produto ou serviço da cadeia de produção, mas, sim, abster-se de comercializá-lo ou não utilizar o mesmo bem ou serviço para revenda ou

¹² *In: Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 669 p.

¹³ Pode-se citar como finalistas os juristas Antônio Herman Benjamin, Alcides Tomasetti Jr., Eros Grau, Adalberto Pasqualotto, Cláudia Lima Marques, dentre outros.

¹⁴ “Nesse trabalho complexo, o intérprete nem sempre chega a resultados semelhantes aos obtidos com a interpretação gramatical. Pode concluir ser a ‘ratio legis’ mais ampla do que a fórmula empregada pelo legislador, por ter este dito menos que queria (‘minus scripsit quam voluit’), tornando-se então necessário estendê-la, de modo a restabelecer sua correspondência com o sentido real da lei. Essa é a interpretação extensiva, que consiste em ampliar a incompleta fórmula legislativa. Todavia, pode chegar a resultado diverso, verificando que a fórmula da lei é mais ampla do que a ‘ratio legis’, tendo o legislador dito mais do que queria (‘plus scripsit quam voluit’), restringindo-a então de modo a manter a sua correspondência com o sentido da lei. Eis aí a interpretação restritiva que restringe a fórmula ampla de mais da “lei.” *In GUSMÃO*, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 539 p.

para fins profissionais, como meio de cumprimento do seu fim social ou integrá-lo novamente na cadeia de produção.

Aludida visão faz com que os profissionais não possam se beneficiar do Código de Defesa do Consumidor. Somente a utilização do produto ou serviço para o uso próprio e familiar caracterizaria a figura do consumidor. Apenas o não profissional poderia se amparar do manto protetor consumerista. Convém notar que, em sua primeira fase, extremamente influenciada pelos Direitos francês e belga, a corrente finalista tinha uma feição radical, sendo de se salientar conclusões doutrinárias¹⁵ que inadmitiam inclusive a figura da empresa como consumidora.

A segunda fase da corrente finalista continua filiada à interpretação restritiva dada à expressão “destinatário final” fático e econômico do bem e serviço. Todavia, é marcada pela admissibilidade da empresa ou profissional, que adquiriu um produto fora do seu campo de especialidade, amparar-se das normas consumeristas. Note-se, assim, que, na segunda fase, os finalistas admitem a figura da sociedade empresária, mesmo com ressalvas, como destinatária final fática e econômica de produtos e serviços, ainda que levando-se em consideração a sua finalidade lucrativa.

Logo, exemplificando a posição finalista, uma empresa concessionária que adquire automóveis não pode ser considerada consumidora em relação a esse precípuo negócio jurídico, eis que irá revendê-los, para a realização do seu objeto social, não podendo se falar, assim, em destinatária final fática e econômica do bem. Todavia, a mesma empresa, ao adquirir produtos alimentícios para o consumo dos seus funcionários poderá ser considerada consumidora, eis que estará conferindo uma destinação fática e econômica a aludidos produtos.

2.2 A Corrente Maximalista

A posição maximalista tem como marco inicial teórico o fato de que a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, é uma nova sistemati-

¹⁵ Geraldo Vidigal entende que a empresa nunca é consumidora, tendo em vista que sempre repassará os custos produtivos e improdutivos ao consumidor final. *In: Lei de Defesa do Consumidor*. Cadernos IBCB. São Paulo, n.22, p. 5-27, 1991.

zação de todos os atos de consumo existentes na sociedade. Dessa forma, a interpretação conferida à expressão “destinatário final” deve ser a mais ampliativa possível, de modo a abrigar tanto os profissionais, como os não profissionais, independentemente do caráter subjetivo existente.

Logo, para que seja caracterizada a figura do consumidor, consoante essa corrente de pensamento, basta que haja uma retirada fática do bem ou serviço, pouco importando o caráter econômico, ou seja, se haverá ou não repasse desse mesmo bem ou serviço na cadeia de produção.

Dessa forma, leva-se em consideração, basicamente, o critério objetivo da concepção, ou seja, a simples aquisição de um bem ou serviço configura uma relação de consumo.

Tomando-se como exemplo a mesma sociedade empresarial concessionária, acima mencionada, haveria uma relação de consumo na compra dos automóveis promovida, independentemente do fato de que aludidos bens serão efetivamente revendidos para o consumidor final. Note-se que a sociedade empresária, segundo a concepção maximalista, é consumidora do automóvel, simplesmente por ter sido a destinatária fática do mesmo bem.

Aludida corrente foi manifestada, em 1989, no Ministério da Justiça, quando da elaboração do Projeto do Código de Defesa do Consumidor pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Marques¹⁶ menciona que a tendência maximalista permanece na doutrina e na jurisprudência, sendo certo que um número cada vez maior de casos encontram solução nas normas consumeristas, independentemente da consideração acerca da destinação econômica (critério subjetivo) que será implementada na relação jurídica.

Porém, devem ser analisadas as sérias consequências em se aplicar a interpretação ampliativa na expressão “destinatário final” utilizada no Código de Defesa do Consumidor. É que, caso fosse sempre adotada a teoria maximalista, seriam quase inexistentes as situações que continuariam a ser reguladas pelo Código Comercial ou Código Civil, no que diz respeito, por exemplo, ao instituto da compra e venda,

¹⁶ *In*: op. cit., p. 143.

haja vista que o comerciante seria um consumidor, em sentido estrito, nos seus negócios diários.

A dicotomia de tratamento conferido ao consumidor por parte das duas correntes, acima referidas, demonstra a polêmica existente sobre o instigante tema. Segundo confessado pela própria doutrina, é cada vez mais necessária a promoção de trabalhos científicos que apresentem uma solução sobre o aparente conflito originado na própria normatização legal.

Entretanto, não há um marco temporal claramente definido a respeito das duas correntes em comento, tendo em vista a bipolarização quase consentânea que foi formada após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.

3. A POSIÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA COMO SUJEITO DE DIREITO ECONÔMICO

Hoje em dia, é incontestável o fato de que a sociedade empresária assume um papel de fundamental importância na vida social. Nada obstante, não é pacífica a conceituação da sociedade empresária na doutrina e nas leis que a regulamentam, fazendo com que haja uma certa divergência de tratamento sobre a expressão.

Anteriormente, ainda no século XIX, havia uma corrente forte que não considerava a personalidade ou natureza jurídica da empresa, vendo-a apenas como uma atividade, eis que somente o empresário comparecia como sujeito de direito. Pensadores como Gerard Farjat¹⁷ salientaram a grande controvérsia havida no período, sendo de se destacar parte do seu estudo feito sobre a noção de Direito Econômico, abaixo mencionada:

Mas o sistema jurídico não poderia assimilar-se a um sistema científico, mesmo se, seguindo a evolução global das sociedades, ele decorre necessariamente da linguagem ou de uma certa lógica científica. Uma das primeiras tarefas do sistema jurídico é de ‘nomear’, de ‘definir’. Por isso, a imprecisão de uma noção pode causar problemas. O fato de que a noção de empresa, conceito

¹⁷ FARJAT, Gerard. A noção de Direito Econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 19, p. 25-68, jul. 1996.

importante no direito econômico, utilizado desde três quartos de século, seja sempre tão controvertido dá o que refletir.

Ora, posteriormente, foi sendo atribuída, cada vez mais importância à sociedade empresária, sobremaneira no Direito Econômico, como enfatizado pelo jurista Washington Peluso Albino de Souza,¹⁸ em que havia uma impossibilidade de tratá-la, a não ser como um ente autônomo de Direito Econômico, portadora de personalidade jurídica e responsável pela boa satisfação da política econômica.

Em que pese a opinião de diversos juristas,¹⁹ acerca da utilização da expressão “empresa”, apenas no sentido de exploração econômica da produção ou circulação de bens ou serviços, convém ressaltar, como ensina o próprio jurista acima mencionado, que a sociedade empresária tem significação especial para o Direito Econômico, como principal dinamizador da vida econômica,²⁰ considerada em relação à política econômica posta em prática para a implementação da ideologia econômica constitucionalmente adotada.

Com efeito, em relação ao Poder Econômico Privado, pode-se delimitar seus elementos como sendo a pessoa física e a pessoa jurídica, ou seja, a empresa, na forma societária, buscando o lucro e, assim

¹⁸ “Facilmente se compreende a importância desta posição para o Direito Econômico, onde as funções da empresa em relação à política econômica, tanto pública, como privada, à reunião de capitais em elevados montantes e das mais diversas origens e nacionalidades, as formas de atuação no mercado por medidas que consultem à sua própria dinâmica, não comportam tratá-la a não ser como um ente autônomo, portador de personalidade jurídica que ofereça base às suas resoluções e compromissos, às suas obrigações e direitos.” *In: Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994. 487 p.

¹⁹ Dentre os quais, COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 478 p.

²⁰ “A Empresa também influencia na vida do consumidor quando estabelece a forma de venda, a quantidade, qualidade dos bens e serviços a serem colocados no mercado, a tecnologia a ser empregada nos mesmos, as áreas prioritárias de investimento e expansão; os preços para bens e serviços, o sistema de créditos e a distribuição, a política salarial de seus empregados, a divisão de mercados ou a eliminação dos concorrentes a fim de dominar o mercado e aumentar os seus lucros.” *In: CLARK, Giovani. A Proteção do Consumidor e o Direito Econômico*. 1. ed. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, 1994. 159 p.

participando do mercado de concorrência, com a própria realização do seu fim econômico-social.

Talvez a maior expressão de sociedade empresária de que se tem notícia o Direito deva ser a sociedade por ações, nas quais há uma capitação de numerários volumosos, natureza institucional, assumindo a forma de multinacional ou empresa nacional, visando sempre ao lucro e, em não raras vezes, sendo verdadeiros dominantes econômicos em um mercado capitalista.

Dessa feita, a sociedade empresária é indiscutivelmente um sujeito de Direito Econômico, responsável pela própria implementação da atividade econômica posta em prática dentro da ideologia adotada na ordem jurídica.

Todavia, mesmo tendo em vista que a finalidade do lucro é inerente a toda exploração de atividade econômica, bem como, o fato de que, ao exercer aludida atividade, a sociedade empresária repassa o custo produtivo e improdutivo ao preço final do produto oferecido ao mercado consumidor, é relevante indagar: poderia tal ente empresário, sujeito de Direito Econômico, controladora de mercados, agindo somente com a finalidade lucrativa, ser considerada um destinatário fático e econômico de um produto ou serviço?

Ademais, mesmo que a figura do ente empresarial, considerado como sujeito de Direito Econômico, possa ser interpretada como consumidor, segundo a égide do art. 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, deve-se delimitar ou, ao menos, apresentar elementos suficientes para que seja equacionado o problema de ser a sociedade empresária, na realização da sua atividade negocial, uma destinatária fática e econômica dos bens adquiridos.

4. A VULNERABILIDADE DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NO CONTEXTO JURÍDICO-NORMATIVO DA LEI N. 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

A Lei n. 8.078, de 1990, preceitua um conceito geral de consumidor, bem como fornece outra definição do consumidor por equiparação, consoante a norma inserida nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29.

Assim, não será considerado, para fins específicos do presente trabalho, a figura do *by stander* ou das pessoas equiparadas ao consumidor, relacionadas às vítimas do evento danoso causado por um produto ou serviço, segundo disposto nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Para bem interpretar o alcance da expressão “destinatário final” contida na norma, deve-se levar em conta o próprio contexto jurídico do consumidor, de modo a que se possa estabelecer o sentido e alcance da figura normativa.

Como bem salientado pelo jurista Arruda Alvim,²¹

o tratamento de um instituto jurídico, seja de que ramo do Direito for, exige uma visão global do ordenamento jurídico positivo aliada a um trabalho metodológico. Sem se ter essa visão, porquanto o instituto é parte do todo, que é o ordenamento, não poderemos dispor dos elementos necessários à exata compreensão do instituto que seja estudado.

Ora, os princípios²² contidos no Código de Defesa do Consumidor promovem uma sistematização quanto aos valores e metas que devem ser alcançados nas relações jurídicas que estiverem sob o seu manto. Logo, analisando-se o art. 4º, pode-se verificar que o princípio básico e primordial do microsistema em análise é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante o mercado de consumo.

Levando-se, assim, em consideração a vulnerabilidade do consumidor, como ponto inicial de análise do sentido contido na expressão “destinatário final” adotada no Código, convém mencionar um aparente conflito dessa mesma vulnerabilidade, caso seja considerada a

²¹ *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

²² “Os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos arts. 1º ao 7º do Código. Tudo o mais que consta da lei é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é, por assim dizer, uma pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacioná-los. Essas normas não são, de regra, programáticas, desprovidas de eficácia, mas concretas cuja eficácia vem descrita em todo o corpo do Código.” *In: NERY JUNIOR*, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 3/51.

sociedade empresária como consumidora, tendo em vista a dificuldade em se promover aludido reconhecimento.

Todavia, o conflito é apenas aparente, tendo em vista que uma sociedade empresária pode estar presente no polo ativo da relação de consumo, na qualidade de fornecedora, e também como consumidora de certos produtos e serviços, em relação a um outro fornecedor considerado. Nesse diapasão, são perfeitamente vislumbradas situações de reconhecimento de vulnerabilidade da empresa em relação a certos tipos de transação.²³

As três espécies de vulnerabilidade foram muito bem mencionadas pela professora Cláudia Lima Marques,²⁴ quais sejam: a) a técnica, ocorrida quando o consumidor não possui conhecimentos técnicos dos produtos ou serviços que está consumindo; b) a jurídica, existente pela falta de conhecimentos específicos do consumidor nas áreas jurídicas, econômicas e contábeis; e c) a fática, levando em consideração a posição do parceiro contratual, como monopolística ou com grande poder econômico de uma das partes. E como solução apresentada pela jurista, menciona que os consumidores não profissionais e pessoas físicas sempre seriam, de certa forma, vulneráveis, enquanto que os consumidores profissionais ou pessoas jurídicas teriam a presunção *juris tantum* de invulnerabilidade, para fins de aplicação das normas consumeristas em suas relações jurídicas.

Logo, partindo das premissas, acima mencionadas, conclui a jurista que, inicialmente, somente os contratos firmados entre fornecedores e consumidores não profissionais poderiam receber a tutela do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo que, nas relações entre um fornecedor e um consumidor profissional, dever-se-ia analisar a re-

²³ “Imaginemos a hipótese de uma pequena empresa – que poderá até ser extremamente poderosa em seu ramo de atividade, ao impor suas condições aos seus clientes – consumidores – que necessite de adquirir um veículo. As condições que lhe seriam oferecidas para essa compra poderiam ser exatamente as mesmas que ofertadas a uma outra pessoa qualquer. As imposições que, por ventura, se lhe fizessem, seriam as mesmas (p. ex. a disponibilidade única de um determinado modelo mais luxuoso, ou então a disponibilidade do veículo com inúmeros opcionais, encarecendo ainda mais o produto...) que fariam a qualquer consumidor comum e, portanto, vulnerável.” *In*: Proteção ao consumidor. *Op. cit.*, p. 104.

²⁴ *Op. cit.*, p. 149.

lação originada eis que, caso não se relacione com a finalidade lucrativa da empresa, poderia ser abrigado pela lei consumerista.

Todavia, a solução encontrada pela jurista, embora seja extremamente fundamentada, não tem o condão de encerrar a questão tortuosa, que encontra diferentes opiniões doutrinárias, tendo em vista que o problema de se situar a empresa na posição de consumidora, sob a égide da lei consumerista, desafia enormes digressões econômicas, como será demonstrado a seguir. O doutrinador Marcos Maselli Gouvêa²⁵ combate o entendimento de que a noção de consumidor deva ser amparada basicamente no instituto da hipossuficiência.

Consoante salientado pelo jurista Fábio Ulhoa Celho,²⁶ a sociedade empresária pode adotar quatro diferentes concepções jurídicas em relação ao tema em análise: a) como parte em uma relação comercial; b) como parte em uma relação civil; c) como fornecedora em uma relação de consumo; e d) como consumidora em uma relação de consumo.

E é exatamente a quarta hipótese, acima mencionada, que necessita de um esclarecimento doutrinário. Seria consumidora a sociedade empresária que adquire ou utiliza produtos e serviços para, posteriormente, revendê-los? A questão ainda parece ser mais instigante quando considerada sob o prisma da industrialização, ou seja, a empresa pode ser considerada consumidora quando adquire bens e os industrializa, a fim de recolocá-los na cadeia de produção de riquezas?

5. A SOCIEDADE EMPRESÁRIA COMO DESTINATÁRIA FÁTICA E ECONÔMICA DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Em resposta às questões formuladas, deve-se sempre atinar para o fato de que é necessário um certo apoio da teoria econômica, para que

²⁵ “A letra do Código, conforme já exposto, não ampara – pelo menos não ostensivamente – este entendimento. Omite, ao formular o conceito de consumidor, quaisquer considerações de índolo subjetivista, limitando-se a aludir à vaga noção de ‘destinação final’ do bem consumido.” *In*: GOUVÊA, Marcos Maselli, O Conceito de Consumidor e a Questão da Empresa como ‘Destinatário Final’. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 23-24, p. 187-192, abr. 1996.

²⁶ *In*: A Compra e Venda, os Empresários e o Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, p. 36-43, 1992.

seja esclarecido o termo “destinatário final” utilizado na lei consumerista. O jurista Borgoignie,²⁷ ao admitir a influência da teoria econômica, como forma de interpretar o conceito jurídico de consumidor, assim se manifestou:

A ausência de definição precisa de consumidor nos textos normativos em vigor nos obriga a nos voltarmos para a realidade econômica da nossa tentativa de melhor apreender o destinatário das iniciativas que propõem uma política de promoção dos interesses do consumidor no centro do sistema econômico.

Segundo essa teoria, aceita pelos finalistas, a sociedade empresária que adquire um bem com a intenção de negociá-lo, no mesmo estado em que foi adquirido, certamente não será uma destinatária final, e, assim, não será consumidora, segundo a égide do art. 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, eis que a relação será regida pelo Direito Comercial.

Todavia, mesmo os finalistas encontram dificuldades em caracterizar uma sociedade empresária como consumidora quando adquire insumos, como, por exemplo, matéria-prima para atuar na sua atividade produtiva, bem como produtos que irão auxiliar também na atividade produtiva.

Aludida questão certamente não causaria nenhuma dificuldade para os maximalistas,²⁸ eis que entendem que o bem transformado, ou seja, insumido na confecção de um novo produto é um bem consumido. Assim, uma fabricante de móveis, por exemplo, que adquire madeira, será a consumidora dessa madeira e o público será consumidor apenas do móvel. Assim sendo, todo ato de aquisição seria efetivamente um ato de consumo, o que não parece ser a melhor interpretação para o alcance da norma consumerista em apreço.

Todavia, para os finalistas deve haver uma destinação fática e econômica do bem. Mas o que seria destinação econômica? Como salientado por Vidigal,²⁹ o conceito deve ser buscado no campo da Economia.

²⁷ *Op. cit.*, p. 15.

²⁸ *In: GOUVÊA, Marcos Maselli. Op. cit.*, p. 189.

²⁹ *In: A Lei de Defesa do Consumidor-sua abrangência*” Cadernos IBCB. [s.n.t.].

O jurista Washington Peluso Albino de Souza³⁰ salienta que, a despeito do instituto do planejamento, que se define como “uma técnica de intervenção do Estado no domínio econômico”, o processo econômico é formado por quatro momentos refletidos em quatro institutos, quais sejam: a) instituto da produção,³¹ cuja atividade consiste na utilização, pelo homem, dos recursos naturais; b) instituto da circulação,³² sendo a circulação um “fato complexo”, originado na troca dos bens; c) instituto da repartição.³³ sendo a repartição também um “fato complexo”, envolvendo diversas formas de ganhos; e d) instituto do consumo, cujo termo é de suma importância para os fins do presente ensaio, podendo ser definido como a satisfação de uma necessidade econômica.

Outrossim, o jurista também menciona que a ideia de consumo é ampla, pois está ligada à utilização do bem, mas não só para satisfazer uma necessidade e destruir-se em seguida, mas também para as fases de aproveitamento do processo econômico. Assim, diferencia-se o consumo produtivo, relativo ao “insumo”, que se cuida da utilização de elementos (matéria-prima, trabalho, capital) para se chegar ao “produto” e o consumo destrutivo (utilização final do bem).

Logo, filiando-se à noção do processo econômico, para que a sociedade empresarial seja considerada destinatária final de uma mercadoria, deve haver um consumo destrutivo do bem, ou seja, não pode haver um consumo produtivo, no sentido de adquirir certo bem ou serviço para recolocá-lo na cadeia produtiva, seja alterando-o (industrialização), aproveitando-o fisicamente (montagem) ou utilizando-o como instrumento para a produção de riquezas.

Mutatis mutandis, no exemplo acima mencionado, a sociedade empresarial fabricante de móveis que adquire madeiras, segundo a

³⁰ *Op. cit.*, p. 340.

³¹ O Direito Econômico regulamenta a política econômica relativa à atividade de produção.

³² O Direito Econômica se ocupará dos atos e fatos advindos da circulação, com base nas políticas econômicas adotadas para regulamentar o uso e abuso do poder econômico.

³³ O Direito Econômico regulamenta o caráter distributivo do instituto, filtrado na ordem econômica constitucional.

óptica do processo econômico, não pode ser considerada uma consumidora desse insumo, eis que não é uma destinatária final econômica do mesmo bem, no caso, não estará havendo a satisfação direta de uma necessidade econômica (consumo destrutivo), ou seja, a satisfação é indireta, pois a madeira será utilizada na integração de outros bens que serão circulados.

Note-se que, caso a madeira fosse adquirida diretamente por um particular, simplesmente para que fosse utilizada para aquecer a temperatura da sua moradia, em tempos de inverno rigoroso, estaria havendo uma satisfação econômica direta.

Entretanto, para a sociedade empresária, a madeira é um instrumento para a proliferação de riquezas, o seu valor será agregado ao do produto final produzido, não havendo a sua retirada do processo econômico, sendo certo que o ônus econômico da produção da madeira é transferido da empresa ao público, que é o real destinatário final do bem.

A teoria econômica utilizada como forma de interpretação do conceito jurídico de consumidor é, talvez, a única capaz de ditar o alcance da expressão “destinatário final” de produtos e serviços. Todavia, sob a óptica dessa teoria pode-se chegar a situações perigosas e radicais, pois todo e qualquer bem que for adquirido pela sociedade empresarial, de algum modo, se encontra incorporado no produto final. Assim, as máquinas, a eletricidade, as instalações, os veículos, o mobiliário, as roupas dos funcionários, todos os bens serão insumidos no processo econômico e repassados, na qualidade de custos produtivos, no valor dos bens e serviços oferecidos ao público.

Logo, caso seja adotado o raciocínio extremado, fulcrado na teoria pura econômica, chegar-se-ia à conclusão de que a sociedade empresária, enquanto sujeito de Direito Econômico, cujas atividades têm a precípua finalidade lucrativa, nunca poderia ser considerada consumidora, pois nunca seria uma destinatária fática e econômica dos bens e serviços.

E, tendo em vista a própria letra do dispositivo consumerista em análise, a própria doutrina entende que nem toda a aquisição de bens, principalmente feita pela sociedade empresária, configura uma relação de consumo. Porém, há casos em que a empresa não age como

produtora, nem intermediária de bens e serviços, agindo como sua destinatária final.

Todavia, mesmo havendo juristas filiados à corrente de que há hipóteses de aquisição de bens e serviços pela sociedade empresária, em que não se verifica relação de consumo, certo é que a opinião doutrinária acerca do entendimento ainda não restou amadurecida ao ponto de promover, em definitivo, a solução para a questão.

5.1 A expressão “destinatário final” interpretada segundo a noção de “fundo de comércio”

O jurista Marcos Maselli Gouvêa³⁴ apresentou o entendimento, segundo o qual a solução para a identificação dos bens, cuja aquisição configuraria uma relação de consumo, estaria relacionada com o fundo de comércio, ou seja, com o conjunto de bens materiais e imateriais utilizados na empresa para favorecer o comércio.

Nesse sentido, segundo o jurista, os bens componentes do fundo de comércio seriam destinados a atrair os consumidores e, logo, revertidos em satisfação para o próprio consumidor. Assim, os automóveis adquiridos para a condução dos diretores, computadores para emissão de contracheques dos funcionários, entre outros, não teriam sido adquiridos para a atração da clientela, não formando, destarte, o fundo de comércio³⁵ e, por conseguinte, podendo ser considerados bens consumidos pela empresa.

Nada obstante ter sido ressalvado pelo próprio autor que o entendimento exposto careceria de um desenvolvimento mais aprofundado, e em que pese a originalidade e notória sabedoria jurídica do jurista, não parece que a expressão fundo de comércio foi definida corretamente, eis que, como opinião quase uníssona na doutrina,³⁶ o estabelecimento comercial é composto de bens corpóreos, incorpóreos e

³⁴ *Op. cit.*, p. 192.

³⁵ O jurista ressalva que para os fornecedores não comerciantes poderia ser utilizada a expressão “fundo de fornecimento” ao conjunto dos bens dispostos pelo fornecedor para atrair a clientela.

³⁶ *In*: ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 191, bem como COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 47.

serviços que o comerciante reúne e são dispostos no desenvolvimento da sua atividade, incluindo-se todos os materiais, máquinas, bens adquiridos e não somente aqueles utilizados com a finalidade de atrair a clientela, como entende o jurista em comento.

Logo, o critério evidenciado, para interpretar a definição da expressão “destinatário final”, em razão dos bens que formam o estabelecimento comercial, não apresenta uma solução para a polêmica, eis que o fundo de comércio abrange praticamente todo o “ativo” da empresa.

5.2 A expressão “destinatário final” interpretada segundo a indispensabilidade dos bens para o desenvolvimento da empresa

O jurista Fábio Ulhoa Coelho, ao tentar estabelecer uma solução com base na construção de um conceito jurídico de “insumo”, define-o como “o conjunto de bens estritamente indispensáveis ao exercício da atividade econômica pelo empresário”.³⁷

Dessa forma, segundo o jurista, apenas os bens indispensáveis para o desenvolvimento da atividade da empresa seriam considerados insumos e, portanto, não poderiam ser caracterizados como consumidos pela mesma sociedade. Logo, exemplificando, quando o fabricante de mobília adquirisse eletricidade para o estabelecimento, estaria sendo celebrado um contrato de natureza mercantil, posto que é indispensável para o desenvolvimento da atividade. Entretanto, seria inversamente de consumo a aquisição de um aparelho de ar condicionado para o escritório administrativo do estabelecimento.

Portanto, a conclusão extraída pelo jurista é de que, caso a aquisição do bem ou serviço não esteja relacionada com a atividade econômica da empresa, há relação de consumo, caso contrário, ou seja, estando relacionada com a atividade econômica,³⁸ não seria configu-

³⁷ *Op. cit.*, p. 40.

³⁸ Convém salientar que o próprio autor manifesta o entendimento de ser difícil a dissociação dos elementos em certas situações. Assim, por exemplo, tomando-se por base o aparelho de ar condicionado adquirido, a eletricidade para o funcionamento das máquinas da empresa seria indispensável para a sua atividade,

rada a relação de consumo, ainda que a empresa adquira o bem como destinatária fática.

De qualquer forma, mesmo diante de tais posições doutrinárias, certo é que a conclusão de que a verdadeira solução para a interpretação jurídica da expressão “destinatário final” inserida no Código de Defesa do Consumidor ainda suscita controvérsias e discussões, sobremaneira em nível jurisprudencial.

6. POSIÇÃO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

Em que pese o fato de ter sido a definição jurídica de consumidor trazida para o Direito brasileiro, desde o ano de 1990, bem como o grande volume de demandas enfrentadas diariamente pelo Poder Judiciário, envolvendo a questão da pessoa jurídica empresária como consumidora, ainda não há pacificação jurisprudencial sobre a questão.

Não obstante, em análise às decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, percebe-se a tendência em ser adotada a teoria finalista para a limitação do alcance da definição legal de consumidor em se tratando de pessoas jurídicas empresárias.

Porém, conjugada com a teoria finalista, é nítida a preocupação dos julgadores em verificarem, no caso concreto, se o produto ou serviço adquirido foi empregado na cadeia produtiva, no sentido de ser constatado se houve ou não destinação econômica. Veja-se:

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO *EMPRESA* DE TRANSPORTE. RELEVÂNCIA, PARA A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO, DA DISPARIDADE DE PORTE ECONÔMICO EXISTENTE ENTRE PARTES DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE PEÇAS PARA CAMINHÃO EMPREGADO NA ATIVIDADE DE TRANSPORTE. IMPORTÂNCIA, TAMBÉM, DO PORTE DA ATIVIDADE

e, assim, não poderia ser considerada uma relação de consumo, já a eletricidade para o funcionamento do aparelho de ar condicionado seria dispensável para a atividade da empresa. Porém, questiona o autor sobre a impossibilidade da distinção fática, tendo em vista que o contrato de energia elétrica é uno.

PRATICADA PELO DESTINATÁRIO FINAL. SITUAÇÃO, ENTRETANTO, EM QUE, INDEPENDENTEMENTE ADEMAIS, DE RELAÇÃO DE CONSUMO, HÁ ELEMENTOS DE PROVA A EMBASAR A CONVICÇÃO DO JULGADOR DE QUE PEÇAS AUTOMOTIVAS FORNECIDAS E A CORRESPONDENTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO TÊM DEFEITOS.

I – Não enquadrável como relação de consumo a prestação de *serviços* entre *empresas* de porte, não se caracterizando hipossuficiência da contratante de conserto de caminhão de transporte de cargas, situação em que não se tem consumidor final, mas, apenas, intermediário, afasta-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

II – Ainda que se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, a regra da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não seria suficiente para afastar a prova contrária à pretensão inicial, tal como detidamente analisada, inclusive quanto à perícia, pela sentença e pelo Acórdão.

III – O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é idêntica-chave para a caracterização da relação de consumo.

IV – O fato de a pessoa empregar em sua atividade econômica os *produtos* que adquire não implica, por si só, desconsiderá-la como destinatária final e, por isso, *consumidora*. No entanto, é preciso considerar a excepcionalidade da aplicação das medidas protetivas do CDC em favor de quem utiliza o produto ou serviço em sua atividade comercial. Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de *serviços* para implementar ou incrementar a atividade negocial descaracteriza a relação como de consumo. Precedentes.

V – O reconhecimento da existência da relação de consumo, por si só, não implica presunção de prova. Presentes elementos de prova a indicar que as peças automotivas fornecidas e a prestação do serviço correspondente não são defeituosos, pode o Juiz concluir em favor do fornecedor a despeito da inversão do ônus da prova. VI – Recurso Especial improvido. REsp 1.038.645/RS. Rel. Min. Sideni Beneti, 3ª Turma, DJe 24.11.2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTRATO DE *FACTORING*. RECURSO ESPECIAL. CARACTERIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE *FACTORING* COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DE

DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À AVENÇA MERCANTIL, AO FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INVIABILIDADE.

1. As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes.
2. 'A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada *destinatária final* do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações'. (REsp 836.823/PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª Turma, DJ de 23.8.2010).
3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é *destinatária final*, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.
4. Recurso especial não provido. (REsp 938.979/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 29.6.2012)

Assim, é admitida a aplicação da teoria finalista, mas de forma mitigada, por parte do Superior Tribunal de Justiça, quando se analisa caso concreto envolvendo pessoa jurídica empresária, de modo que essa será considerada consumidora quando houver a característica da vulnerabilidade e quando os bens por ela adquiridos sejam de consumo e recebam destinação final fática e econômica.³⁹

7. CONCLUSÃO

Desde o advento da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, muitas controvérsias doutrinárias surgiram a respeito do conceito jurídico de consumidor inserido no corpo daquele diploma legal.

³⁹ A referida conclusão também foi vislumbrada pelo jurista CAVALIERI FILHO, Sérgio. *In: Programa do direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69.

A dispersão científica parece ter sido motivada pela imprecisão técnica do elemento teleológico “destinatário final” empregado pelo legislador, ao apresentar uma verdadeira limitação à aquisição ou utilização de bens e serviços para fins de incidência das normas consumeristas.

O tema adquire singular relevância, na medida em que a correta definição jurídica de consumidor, bem como a interpretação conferida aos vocábulos empregados pelo legislador ditarão a própria abrangência do Código de Defesa do Consumidor sobre as relações jurídicas que versarem sobre o consumo, em sentido amplo.

Duas correntes de pensamento se formaram, desde que começaram a surgir questões relacionadas com o direito do consumidor, propriamente dito, tendo sido denominadas de finalista e maximalista, devido ao alcance de interpretação da norma em comento. Nada obstante serem antagônicas em suas manifestações jurídicas, ambas as correntes possuem robustos fundamentos e são formadas por pensadores de notório conhecimento jurídico, razão pela qual ser ainda imatura qualquer conclusão tomada no sentido de afastar por completo os alicerces de qualquer delas.

A despeito da abrangência de tratamento conferido pelo legislador às pessoas físicas e jurídicas, concentra-se nestas últimas o motivo de maior contradição e polêmicas sobre a necessária destinação final dos produtos e serviços adquiridos, com a finalidade de ser configurada uma relação de consumo.

A polêmica parece adquirir ainda mais sustento após a aceção doutrinária de reconhecer a sociedade empresária como um verdadeiro sujeito de Direito Econômico, à vista do seu enorme poder econômico, notadamente nos dias atuais, com fins eminentemente lucrativos, razões pelas quais urge, cada vez mais, a presunção de que todos os seus atos jurídicos visam à implementação da sua atividade econômica.

À luz das conclusões colhidas, parece ser imprescindível, como salientado por Bourgoignie,⁴⁰ a utilização da teoria econômica, como instrumento de pacificação doutrinária acerca da interpretação da

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 8.

destinação final dos produtos e serviços adquiridos pelas pessoas jurídicas, haja vista que há situações em que efetivamente são vislumbradas relações de consumo, mesmo naquelas sociedades monstruosas que atuam como verdadeiros impérios no mundo capitalista.

Com efeito, correto é o entendimento daqueles que defendem a necessidade de haver um aprofundamento no conceito de “insumos”, a fim de que sejam definidas corretamente as aquisições promovidas pela empresa que serão utilizadas em sua atividade econômica e aquelas outras que não guardarão qualquer relação com o seu fim social.

Destarte, a correta delimitação da atividade econômica implementada pela empresa, bem como a individualização dos seus negócios jurídicos promovidos serão imprescindíveis para que haja uma análise sobre a destinação fática e econômica que será conferida aos referidos atos, levando à sua caracterização ou não como atos de consumo.

O reforço solicitado junto ao Direito comparado não é muito útil para a solução da controvérsia evidenciada no presente ensaio, tendo em vista a diversidade conceitual conferida ao consumidor nas diversas legislações existentes sobre o tema, bem como em razão das divergências jurisprudenciais levadas a efeito em um grande número de países, o que afasta qualquer entendimento sobre ser o Direito brasileiro o único em que não há um posicionamento sobre o assunto.

Embora não tenha havido, até a presente data, uma pacificação jurisprudencial do tema, junto aos Tribunais Superiores Pátrios, pode-se perceber que há uma tendência em ser adotada a teoria finalista com mitigação, de modo a se analisar o caso concreto, para que seja verificada haver vulnerabilidade por parte da pessoa jurídica e destinação final e econômica do produto adquirido e, assim, ser considerado tal ente empresarial como consumidor.

Aguarda-se, por fim, o aprofundamento nos estudos sobre a aparente polêmica existente no mundo jurídico, o qual certamente resgatará conceitos e valores econômicos na solução do tema, fazendo com que se mostre ainda mais instigante o trabalho promovido no sentido de encontrar a verdadeira definição jurídica do consumidor, insculpida na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, sobremaneira levando-se em consideração a figura da sociedade empresária como destinatária final de produtos e serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOURGOIGNIE, Thierry. O Conceito Jurídico de Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 2, p. 7-52, jul. 1992.
- CLARK, Giovanni. *A Proteção do Consumidor e o Direito Econômico*. 1. ed. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, 1994. 159 p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, p. 36-44, set. 1992.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 478 p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. 309 p.
- FARJAT, Gérard. A noção de Direito Econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 19, p. 25-68, jul. 1996.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. O Conceito de Consumidor e a Questão da Empresa como “Destinatário Final”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 23-24, p. 187-193, jul. 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998. 912 p.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 539 p.
- MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 194 p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 668 p.
- ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito Comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 319 p.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994. 488 p.

8

RECONSTRUÇÃO DOS FATOS PELAS PARTES, NO JUDICIÁRIO, POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – UM REFORÇO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E À RACIONALIDADE DAS DECISÕES, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Newton Teixeira Carvalho¹

RESUMO

Neste trabalho restará demonstrado que é possível legitimar as decisões judiciais desde que observado o devido processual legal, princípio universal que, se desprezado, torna as decisões inconstitucionais, podendo ser revistas, a qualquer momento. Ocorrendo esta hipótese não há que se falar, por conseguinte, em coisa julgada, eis que tal instituto exige, antes de tudo, que as questões sejam debatidas, no Judiciário, em igualdade de condições e com a observância da ampla defesa.

ABSTRACT

In this work, it will be demonstrated that it is possible to legitimate the judicial decisions as long as it is observed the due legal procedures, universal principle which, if ignored, turn the decisions

¹ Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

unconstitutional, able of being revised at any time. In the occurrence of these hypothesis, thus, there is no place for considering it judged as such institute requires the issues to be debated, first of all, in the Judiciary on equal terms and observing the full defense.

1. INTRODUÇÃO

A cultura brasileira é demandista por excelência. Assim, a utilização dos meios alternativos de resolução dos conflitos é um desafio que, pouco a pouco, vem conquistando espaço no Direito brasileiro e permitindo uma maior conscientização das partes no sentido de que o litígio nem sempre é o melhor caminho a ser percorrido. Poderá demorar demais; a sentença nem sempre agradará a todos. E, depois, o monopólio da Justiça, pelo Estado, ainda é uma ingerência incomoda na vida de todos nós e uma demonstração, cabal, de que não estamos suficientemente evoluídos, a ponto de, ainda no século XXI, haver necessidade de terceirização da solução de nossos desencontros a uma terceira pessoa, que age como representante do Estado.

Portanto, devemos superar, a bem de todos nós, essa nossa cultura demandista e nos conscientizarmos de que as soluções dos conflitos devem ocorrer, em um melhor espaço de tempo, se nos despirmos desse espírito belicoso e se estivermos pronto para ouvirmos o outro e chegarmos ao consenso, por meio do diálogo, prevalecendo o melhor argumento.

Porém, é utopia pensarmos, no momento presente, que ainda não precisamos mais da presença do Estado, para resolução de nossos conflitos. A litigiosidade sempre existirá, com relação a alguns assuntos e diante da ausência do espírito cooperativo, que deveria reinar em uma democracia, por meio da qual uma pessoa deveria estar apta a ajudar a outra e não em guerrear com o semelhante.

Assim e considerando que não é possível, no momento atual, afastarmos alguns de conflitos, da esfera judiciária, seja em que área especializada for, urge que legitimemos as decisões judiciárias para que, perante a sociedade, tenham eficácia e efetividade.

Por conseguinte, demonstraremos, neste trabalho, que é possível legitimar as decisões judiciais, desde que observado o devido proces-

so legal, princípio universal e que, se desprezado, torna as decisões inconstitucionais, podendo ser revistas, a qualquer momento e, em ocorrendo essas hipóteses, não há que se falar, por conseguinte, em coisa julgada, eis que tal instituto exige, antes de tudo, que as questões sejam debatidas, no Judiciário, em igualdade de condições e com a observância da ampla defesa.

Para tanto, socorremos de Elio Fazzalari, de Habermas, Ronald Dworkin, e de diversos autores mineiros, como José Alfredo de Oliveira Baracho, Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, Marcelo Campos Galuppo e André Cordeiro Legal, dentre outros, para demonstrar que há necessidade de que as decisões sejam prolatadas em um ambiente democrático com respeito ao princípio do contraditório.

2. DESENVOLVIMENTO

Preocupa-nos a exigência de uma rapidez na resolução dos conflitos, por meio do Poder Judiciário. É excelente sim que as demandas sejam resolvidas em um menor espaço de tempo. Porém, desde que não olvidado o princípio do devido processo legal, eis que, somente existirá processo, se o procedimento for realizado em contraditório.

Assim o processo é fator inerente ao Estado de Direito Democrático, situando-se, teleologicamente, não apenas no campo exclusivo do Direito Processual, mas, sim, no vasto domínio da Teoria Geral do Direito, onde se irradiará a todo o ordenamento jurídico estatal, apresentando-se imprescindível ao desenvolvimento de uma sociedade, livre, justa, plural e igualitária.

A sociedade na qual o processo não é reconhecido como garantia constitucional, componente necessário do complexo normativo e não ter tal instituição presença obrigatória na emanção de provimentos estatais que irão afetar interesses jurídicos dos administrados, seja no âmbito jurisdicional, administrativo ou legislativo, não se encontra sob a benção da democracia, mas, sim, à sua margem, sujeita a decisões de *imperium* e potestades governamentais de caráter arbitrário.

Assim e a partir de FAZZALARI não há que se falar mais em relação jurídica, ainda hoje admitida pela doutrina tradicionalista do Direito Processual, teoria essa concebida por Oscar von BÜLLOW,

em 1868, e que, no paradigma de Estado Democrático de Direito, passa a ter importância apenas histórica.

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, em simétrica igualdade entre as partes, concebida na Itália por FAZZALARI e entre nós, inicialmente desenvolvida por GONÇALVES, veio dar sequência ao ciclo evolutivo do direito processual, apesar da insistência de alguns operadores do Direito, preocupados mais na quantidade do que na qualidade, de não encampá-la.

Ademais, verifica-se, no Brasil, que a Constituição Republicana de 1988 traz expressamente a garantia do devido processo legal como direito fundamental (art. 5º, incisos LIV e LV), garantia essa somente compatível com regimes democráticos, eis que, nos regimes ditatoriais ou de exceção, há apenas uma garantia formal do processo.

O marco teórico, no Brasil, é a obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, do Professor Aroldo Plínio GONÇALVES, que define o processo como procedimento realizado em contraditório. Essa teoria foi recepcionada e aperfeiçoada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, que entende, atualmente, ser o processo instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process*, que abrange o direito material do *substantive due process* modulador dos procedimentos para assegurar efetividade.

É, ainda, alicerçado em Élio Fazzalari que afirmamos, neste diálogo, não ser mais correto entender a sentença como trabalho isolado e solitário do julgador, mas, sim, a síntese de um labor de todos os participantes do processo, como procedimento em contraditório. Portanto, não somos meros operadores dos direitos das famílias, mas, sim, o construímos, no dia a dia, por meio do processo, como procedimento em contraditório.

3. O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

HABERMAS (1997, p. 233) ensina que a Antropologia demonstra que o Direito precede o surgimento do Estado, tendo sido o de-

envolvimento do Direito arcaico que possibilitou o surgimento de um poder político soberano. Nesse momento, evidentemente, tem-se que o Direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente, mediante o poder político.

O Estado não é, “então, fim em si mesmo, mas organização política da sociedade, normatizada pelo Direito, cuja finalidade é, em última instância, a concretização da liberdade”, conforme afirma Cláudia TOLEDO (2003, p. 110).

Evidentemente que a realização da liberdade somente poderá ocorrer se declarados, assegurados e exercidos os direitos fundamentais. O regime político capaz de garantir formal e materialmente tais direitos, é a democracia e, por conseguinte, o melhor tipo de Estado é o Democrático de Direito.

Assim, a implementação do Estado de Direito Democrático passa, necessariamente, pela ideia da autolegislação dos cidadãos, defendida, em tempos mais recentes, por HABERMAS (1997, p. 157), a exigir que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do Direito, por meio da teoria do discurso jurídico, a conferir força legitimadora ao processo de normatização.

Com efeito, o Estado de Direito é aquele que está apoiado no direito legítimo que, no positivismo legal democrático, consubstancia-se na permissão da plena discussão dos projetos de leis (método indutivo) com a escolha do presumivelmente melhor, que será a lei a ser aprovada (método dedutivo, a verdade posta), com observância, evidentemente, do devido processo legislativo.

A afirmação do Estado de Direito continuará no dia a dia, principalmente por meio da possibilidade de as partes, a qualquer tempo e por intermédio do processo, poder rediscutir o direito posto pelo órgão estatal competente. A verdade posta (Lei) poderá, por meio do processo, ser novamente questionada. Assim, afirmamos com CORDEIRO LEAL (2002, p. 106) que “a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes”.

O Estado de Direito persistirá através das motivações das decisões judiciais, pois o ato decisório deverá considerar a contribuição argumentativa das partes, acatando-a ou desprezando-a, eis que, conforme lembra CORDEIRO LEAL (2002, p. 106) reafirmando MÜLLER,² “No Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes ‘executantes’ ‘ausführenden’, Executivo e Judiciário, não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia.”

Ainda no dizer de HABERMAS (1997, p. 246) para haver Estado de Direito, há também necessidade de persistir a separação de poderes (funções) e que a legitimidade aflore na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade.

Ademais e como afirma HABERMAS (1997, p. 247), para haver Estado de Direito democrático, o Direito deve ser autônomo, a garantir tanto nos processos institucionalizados da legislação e da jurisdição, uma formação imparcial da opinião e da vontade, a consolidar a democracia.

Portanto, Estado Democrático de Direito é aquele que declara e também assegura direitos fundamentais que são positivados pelos cidadãos coautores do Direito que rege aquele Estado por eles organizado, isto é, são direitos advindos da soberania do povo. Na Teoria Discursiva de HABERMAS, o Direito no Estado Democrático é fundamentado nos direitos humanos (validade) e na soberania popular (facticidade). Nele, as pessoas não são apenas destinatários das leis, mais, sim, coautoras. A legislação advém do consenso discursivamente estabelecido ou da vontade da maioria obtida por meio do regime democrático.

Pelo exposto, verifica-se que, fundamental no Estado Democrático de Direito, é, também, a positivação dos princípios por meio de lei, tornando-se, dessa maneira, obra de todos e, por conseguinte, granjeando legitimidade e certeza jurídica.

² MÜLLER, Friedrich. *Quem é povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 2000.

4. OS PRINCÍPIOS COMO NORMAS POSTAS PELO DISCURSO DA LEI

Os princípios de direito processual são considerados como fundamentais, a ponto de encontrarem recepção expressa no texto constitucional. Visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, a exemplo do princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*.

Na verdade, os diversos princípios do processo civil constante da Constituição, tais como o princípio do Juiz natural, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição,³ o princípio da motivação das decisões judiciais, não podem ser analisados em separados, eis que, a rigor, estão incluídos na amplitude da cláusula que dispõe sobre o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV).

Rosemiro Pereira LEAL⁴ entende que os princípios processuais podem ser classificados em duas ordens: institutivos e informativos do processo.

São princípios institutivos do processo, necessários ao estabelecimento de direitos e garantias constitucionalizados, assegurando, se-

³ Vigente, apesar de opiniões em contrário, no ordenamento jurídico, como princípio legal, em razão do Pacto de San José da Costa Rica, assinado e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 678 e *ex vi* do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Republicana. Aliás, o Brasil foi denunciado por violação dos arts. 1º, I; 8º, II, h, e 25, desta Convenção Americana de Direitos Humanos, porque, em uma das Varas Criminais do Foro Criminal de São Paulo, um cidadão, depois de condenado em regime fechado, fugiu da cadeia e, por conseguinte, o recurso foi declarado deserto, com base no art. 595 do Código de Processo Penal, de manifesta inconstitucionalidade, justamente por ferir o princípio do duplo grau de jurisdição. Portanto, em boa hora, tramita na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei destinado a revogar expressamente os arts. 594 e 595 do CPP, exatamente porque preveem hipóteses em que o recurso de apelação não será recebido. Confira, a respeito, DÓRO, Tereza. *O Direito Processual Brasileiro e As Leis de Platão*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 108-111. Ressaltamos que a revogação do art. 595 do CPC somente ocorreu em 2011, por meio da lei n. 12.403.

⁴ LEAL, Rosemiro Perreira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. 4. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 102-104

gundo Rosemiro LEAL (2001, p. 103) “o exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais”: a) princípio do contraditório; b) princípio da isonomia; e c) princípio da ampla defesa.

São princípios informativos do processo, aqueles que se caracterizam variáveis logicojurídicos dos princípios institutivos, que não devem ser estudados como se representassem princípios gerais do Direito Processual, pois denotam maior amplitude:⁵ a) princípio da oralidade; b) princípio da publicidade; c) princípio da lealdade processual; d) princípio da disponibilidade e da indisponibilidade; e e) princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Na verdade, as garantias constitucionais do processo (princípios processuais institutivos ou informativos) são, conforme veremos abaixo, o desenvolvimento analítico do devido processo legal que, incluído em texto democrático-constitucional, exige (garantia de todos), sempre, o devido processo constitucional.

O princípio fundamental do processo civil brasileiro, a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é exatamente o devido processo legal, expressão derivada da inglesa *due process of law*, positivada, no Brasil, somente com o advento da Constituição da República de 1988 e incluída entre as garantias dos direitos individuais fundamentais (CF, art. 5º, LIV e LV).

Na dimensão processual, o devido processo constitucional garante às pessoas igualdade de tratamento, com destaque à garantia da prévia defesa, com iguais oportunidades para a prática de todos os atos processuais e observância do contraditório. Portanto, é a Constituição Republicana de 1988 que acabou, por vez, com a chamada relação jurídica processual ao assegurar aos litigantes o contraditório e a ampla defesa.

5. INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A tese do processo como procedimento em contraditório, a nosso sentir, apresenta uma evolução doutrinária em relação ao conceito de processo como relação jurídica.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 4. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 105.

A relação jurídica processual assemelha-se à figura da relação de direito material, dogma civilista do século XIX presente no ordenamento jurídico e cuja característica primacial seria a presença do credor enquanto titular do direito subjetivo e do devedor como responsável pelo cumprimento do dever legal, ligados entre si por um vínculo obrigacional.

Transportando o conceito de relação jurídica ditado pelo direito material para o âmbito da ciência processual, vemos sua total incompatibilidade.

Com efeito, não se pode admitir no processo que determinado sujeito – interessado – exija do contrainteresado o cumprimento de um dever jurídico ou prestação. O que se verifica são interesses opostos manifestados em contraditório, criando, em cadeia sequencial, ato após ato, o provimento final, o qual, por consequência, irá afetar a esfera jurídica de um dos interessados, impondo-lhe o encargo previsto na norma, enquanto “*cânone di valutazione di una condotta.*”^{6,7}

Contrapondo-se à tese do processo como relação jurídica, GONÇALVES apresentou argumentos bastante convincentes de que o conceito bullockiano encontra-se superado pelo reconhecimento do processo como procedimento em contraditório. Aduz o autor da obra *Técnica Processual e Teoria do Processo* que os conceitos de cunho liberal, da relação jurídica, são incompatíveis com a moderna ciência do Direito Processual, mormente após o surgimento da tese de FAZZALARI.

Segundo GONÇALVES, a presença do contraditório e a simetria de paridade na obtenção do provimento seriam incompatíveis com a figura da relação jurídica, onde prevalece a presença do vínculo obrigacional entre os sujeitos, em que o credor (interessado) poderia exigir do devedor (contra- interessado) a prática de conduta determinada,

O problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica. Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente, que ele é um

⁶ FAZZALARI. Op. cit., p. 45.

⁷ “Cânone de valoração de uma conduta” (tradução livre).

vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada.⁸

Continua GONÇALVES esclarecendo que “no processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual”.⁹

Em conclusão ao raciocínio apresentado e desprezando, de vez, a teoria da relação jurídica processual, GONÇAVES assevera que,

inexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre partes e o juiz, não há como aplicar ao processo a figura da relação jurídica que, construída no século passado, fruto do individualismo jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito. (2001, p. 100)

Sem embargo, a doutrina processual brasileira ainda encontra-se vinculada ao conceito de processo como sequência de atos para obtenção de um provimento estatal. OVÍDIO defende significar o processo “*um avanço, caminhar em direção a um fim.*”¹⁰

Um dos conseqüências da compreensão inexata do conceito de processo seria o apego ao reconhecimento de que o processo é uma relação jurídica entre autor, juiz e réu, nos moldes desenvolvidos por BÜLLOW em 1868.

OVÍDIO, citando LIEBMAN, ainda reconhece a natureza de relação jurídica ao processo, pois, segundo o autor, “é possível, portanto, admitir-se que o processo configure efetivamente uma relação jurídica complexa, diversa, sem dúvida, da relação jurídica própria do direito material, como reconhece LIEBMAN”.¹¹

Não se nega o devido valor à teoria da relação jurídica em um contexto histórico para o desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, mas o que não se pode admitir é sua incontestabilidade enquanto teoria unânime no Direito brasileiro.

⁸ Op. cit., p. 97.

⁹ Op. cit., p. 98.

¹⁰ DA SILVA, Ovidio Batista. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. I, p. 13.

¹¹ Idem, p. 20.

Cabe ressaltar-se que ao estudarmos o Direito, sob o aspecto Democrático, temos de reconhecer o ordenamento jurídico como um todo homogêneo, dotado de normas complementares entre si, a fim de que a exegese jurídica seja obtida por critérios democráticos e inspiração constitucional, onde a prevalência de princípios regradados na Constituição se sobrepõe a conceitos isolados.

Com fundamento no raciocínio acima, é incontestável o reconhecimento de que a concepção de processo, como procedimento em contraditório, encontra-se, sobremaneira, mais afinada ao Discurso Democrático, que a teoria da relação jurídica de índole liberal, fruto de doutrinas do século XIX.

Vozes isoladas têm se levantado contra os esteios e tradicionalismos da teoria da relação jurídica do processo, apresentando, com firmes propósitos, argumentos convincentes e norteadores do Direito Democrático, representando a vinculação do processo principalmente ao Direito Constitucional.

A missão do processo enquanto instituto geral do Direito e sua classificação com base nas funções do Estado em que se encontra presente também é compartilhada pelo professor BARACHO, posto que,

o processo como fenômeno geral do Direito depende da natureza da função em que ele se coloca. A classificação dos tipos fundamentais de processos tem relação com a questão das funções do Estado. A idéia de processo aparece em todos os campos do direito, desde que ocorra um conflito de interesses que necessita ser resolvido.¹²

CATTONI DE OLIVEIRA, abordando a importância do processo e sua relação com a legitimidade do provimento, reconhece, na presença do processo, uma garantia do interessado, ao afirmar que “O processo jurisdicional é o instrumento através do qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem, nos termos analisados, direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”.¹³

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 118.

¹³ Op. cit., p. 117.

O aspecto dialógico do procedimento é garantido por meio do contraditório, a permitir uma efetiva coparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo dos provimentos. Assim, o procedimento, em contraditório, deve se desenvolver em obediência às garantias processuais constitucionais. Desprezadas tais garantias, a parte prejudicada deverá questionar a inobservância do devido processo legal, em preliminar, exigindo a pronta correção de rumo. Nota-se, por conseguinte, a importância do instituto da preliminar na manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

6. A SENTENÇA COMO PROVIMENTO FINAL PREPARADO PELAS PARTES EM CONTRADITÓRIO

A capacidade para agir do juiz (com exceção da incapacidade natural sobrevinda) advém da investidura no ofício, isto é, desde o momento em que ele foi aceito na ordem judiciária, normalmente por meio de concurso público. Mesma coisa diga-se com relação aos auxiliares permanentes (Contador, escrivão, escrevente, oficial de justiça, dentre outros) ou ocasionais, mas que também são regularmente nomeados, a exemplo do perito.

Certo é que o juiz, seus auxiliares e partes devem ter uma específica “legitimação” para poder cumprir os respectivos papéis em um determinado processo, isto é, sendo capazes e devidamente investidos, devem resultar habilitados a participar do processo, impulsionando-o rumo ao provimento por meio das faculdades, dos poderes e deveres.

Assim, a legitimação para participar de um processo (legitimação para agir), não poderá ser entendida apenas com relação às partes e deve também ser usada com relação à legitimação dos órgãos jurisdicionais, eis que eles também interagem durante todo processo.

O Professor Aroldo Plínio GONÇALVES comunga com o entendimento fazzalariano no parágrafo anterior encampado, ao afirmar

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os ‘interessa-

dos', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVES, 2001, p. 120)

Portanto, há que se garantir, constitucionalmente, o contraditório, para que esse princípio não seja mera abstração e, por conseguinte, se materialize (direito-garantia constitucionalizado) no procedimento. A ausência desse princípio e dos demais instituidores do processo pode ser questionada, sempre, preliminarmente. Não há que se falar, nesse caso, em coisa julgada, a exigir, antes, a presença do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que existirá processo apenas se observados todos os seus princípios instituidores, previstos na Constituição e não apenas o contraditório, um dentre os demais (ampla defesa e isonomia) a definir, previamente, o que seja processo, na Constituição.

Também há que se entender, como bem ressalta Rosemiro LEAL,¹⁴ em desprezo à teoria instrumentalista, que “a jurisdição não tutela ou cria direitos vigentes, processuais ou materiais, pelo provimento; apenas reconhece, define” e, por meio do processo, na pós-modernidade, o povo tem a liberdade direta e permanente de rever, fiscalizar, construir, destruir, reconstruir ou modificar o ordenamento jurídico, isto é, o povo se sente como coautor, feitor e destinatário da norma jurídica, por meio de procedimento interacional.

Ressalte-se que há no processo uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento. Assim e por meio do instituto da preliminar, qualquer dos participantes do processo tem a possibilidade de questionar, durante o *iter* procedimental, a presença das garantias processuais constitucionais, regulamentadas pelo Código de Processo Civil, que, por conseguinte, não poderá desconhecê-las ou olvidá-las, principalmente no período de reformas pelo qual passa.

Assim e em razão da constitucionalização do princípio “devido processo legal”, o processo, na atualidade, advém da Lei Constitucio-

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 43, p. 231, 1º e 2º sem. 1999.

nal e, por conseguinte, o devido processo constitucional é fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes. O Estado Democrático de Direito é aquele capaz de zelar e conferir a qualquer pessoa o pleno acesso à justiça, mediante o devido processo constitucional.

O juiz, no curso do procedimento, deve atuar como agente legal saneador do devido processo constitucional, garantido a efetividade e a brevidade da tutela jurisdicional e constitucional, evidentemente sem desprezo aos direitos fundamentais.

O devido processo constitucional é a um só tempo o vetor (a matriz ou a bússola do processualista) e o princípio que congrega todos os princípios processuais em sua forma, em seu conteúdo (legal/semântico) e em suas particularidades. É por meio do devido processo constitucional que o processo passa da teoria à efetividade e novamente se faz teoria.

Ter assegurada a ampla defesa em juízo consiste, em última análise, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida na Constituição. O conceito do “processo legal” é considerado uma garantia fundamental das partes, da qual nenhuma lei o poderá privar.

7. CONCLUSÃO: OS FATOS RECONSTRUÍDOS, EM JUÍZO, ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A afirmação do Estado de Direito faz-se, no dia a dia, por meio da possibilidade de as partes, a qualquer tempo e por meio do processo, poder rediscutir o direito posto pelo órgão estatal competente. A verdade posta (lei) poderá, mediante o processo, ser novamente questionada. Assim, podemos afirmar que a racionalidade da decisão somente será encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais, democraticamente elaborados, e na reconstrução dos fatos pelas partes.

Na verdade, entendemos que o acesso às funções judiciárias (Poder Judiciário) deve ser amplo, eis que é o percurso democrático indispensável à concretização de direitos fundamentais e à participação do cidadão na discussão de seus direitos, tornando-o copartícipe e influenciador na tomadas de decisões. A rapidez no julgamento não pode sobrepor, em hipótese alguma, ao princípio do devido processo legal.

Portanto, como processo é procedimento em contraditório, ausente esse princípio constitucional, está-se diante de mero procedimento. A partir daí, todos os atos praticados são nulos, eis que em ofensa ao devido processo legal.

Assim, toda e qualquer reflexão que envolva Direito e processo, realizada por intermédio da Constituição, deve, necessariamente, passar por uma releitura da relação entre Direito Constitucional e Direito Processual. Há que se entender que o Direito ganhará em legitimidade se amplamente discutido, em nível processual também.

O Estado Democrático de Direito é aquele capaz de zelar e conferir a qualquer pessoa o pleno acesso à justiça, mediante o devido processo constitucional, eis que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CR/88, art. 5º, inciso LIV).

Com efeito, a Constituição Republicana de 1988 encampou o princípio do devido processo legal, expressado por meio da ampla defesa, do contraditório e da isonomia entre as partes. Ausente o princípio do devido processo legal, o processo passa a ser mero procedimento e, por conseguinte, todos os atos posteriores são inexistentes. E, nessa hipótese, inexistência de processo, não há que se falar em coisa julgada.

Assim, para que haja processo, necessário é que as normas Constitucionais referentes a esse sejam rigorosamente observadas. Caso contrário, não se pode falar em processo. Estamos, no dizer de FAZZALARI,¹⁵ diante de mero procedimento, na ausência de contraditório.

Aliás, a importância do processo no Estado Democrático de Direito é tamanha, a ponto de a defesa da própria Constituição se realizar também pelo *processo*, seja por meio do controle difuso ou concentrado, seja por intermédio das chamadas ações constitucionais, a garantir os direitos fundamentais, eis que líquidos e certos. Portanto, restam frustradas, com a constitucionalização dos princípios processuais, todas as tentativas de substituir o *processo* por métodos autoritários e soluções administrativas.

Do exposto acima, verifica-se que *processo* existirá somente se observados os princípios constitucionais, todos necessários a dar

¹⁵ FAZZALARI, Elio. Op. cit.

forma a uma decisão realmente democrática, com a garantia de uma participação discursiva das partes na construção do provimento final.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BÜLLOW, Oscar Von. *La Teoria de Las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia e Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.1, n. 2, p. 106-112, 2º sem. 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DA SILVA, Ovídio Batista. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. 1.

DÒRO, Tereza. *O Direito Processual Brasileiro e as Leis de Platão*. Campinas: Edicamp, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36. n. 143.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.
- JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: Dott.A. Giuffrè, 1952.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*. Edição 2001 Araras. São Paulo: Bestbook: 2001.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: DelRey, 2006.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, Nanci de Melo e. *Da citação no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

9

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DECORRENTES DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Thiago Colnago Cabral¹

RESUMO

Com a ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, que no tocante à Administração Pública ganhou relevo com a imposição da moralidade administrativa enquanto princípio constitucional, fica evidente a importância assumida pela regência da improbidade administrativa, especialmente após a promulgação da Lei n. 8.429, de 1992.

Tal contexto apresentou reflexo imediato na evolução da jurisprudência, sobretudo em relação à medida acautelatória do art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, destacando-se posição majoritária indicativa de que, para a imposição de indisponibilidade patrimonial no curso do processo, seria dispensável a demonstração do requisito do *periculum in mora*.

O objeto do presente artigo remonta, então, ao exame da referida conclusão de julgamento e a sua re colocação no Direito Processual Civil, constatando-se que, na espécie, há na verdade hipótese de tutela de evidência.

ABSTRACT

Considering the constitutional order established at 1988, which was highlighted with the imposition of the administrative morality as

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas

a constitutional principle, it is evident the importance taken by the administrative improbity regency, specially after the law 8, 429 of 1992 promulgation. Such context showed immediate reflex on jurisprudence evolution, mainly with regard to the cautionary measure of the law 8, 429 of 1992, with special attention to the majoritarian position which indicates that, in order to impose patrimonial unavailability during the procedures, it is not necessary to demonstrate the *periculum in mora* requirement. The present work, then, examines the cited trial completion and its placement in Civil Procedural Law, being attested that in it, in fact, there is the hypothesis of evidence guardianship.

A tutela jurisdicional da probidade administrativa, conquanto possa ser promovida em outras esferas, tais como no julgamento de eventuais crimes contra a Administração Pública, tem foro próprio na aplicação da Lei n. 8.429, de 1992, que dispõe acerca da configuração dos chamados atos ímprobos, além de declinar as penalidades deles decorrentes e indicar seu processamento administrativo e judicial.

Nesse propósito, prescreveu o legislador preceito que estabelece profunda divergência doutrinária acerca da indisponibilidade de bens do agente envolvido – denominado indiciado (art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992) – nas hipóteses de o ato de improbidade haver redundado em lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.

Com efeito, acerca da referida medida acautelatória, dissertou Flávio Cheim Jorge:

Não basta para a indisponibilidade de bens, que possa ser caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa. Para que o *periculum in mora* esteja presente, e, portanto, seja autorizada a concessão da tutela cautelar, é imprescindível que fique demonstrado que durante o curso da ação civil de improbidade administrativa o réu pretenda transferir para outrem o bem adquirido ilicitamente (objeto da reversão) ou então que está dissipando o seu patrimônio para não ter como saldar os prejuízos causados ao erário.

Em oposição à referida colocação, Emerson Garcia e Rogério Alves Pacheco, em obra festejada quanto ao tema, defendem que a hipótese é de presunção de *periculum in mora*:

Quanto ao *periculum in mora*, parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei

de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano (...). Em reforço à tese, ressalte-se que outros diplomas legais também cuidam de presumir o *periculum in mora* para fins de constrição patrimonial, o que ocorre, *verbi gratia*, relativamente à indisponibilidade de bens e ex-administradores de instituições financeiras em liquidação (arts. 36, § 1º, da Lei n. 6.024/74). Da mesma forma, o agente público condenado, em ação popular, ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público tem, pela só prolação de sentença condenatória, decretados o sequestro e a penhora de seus bens. A mesma presunção de *periculum in mora* se verifica relativamente à indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, nos arrestos previstos nos arts. 653, parágrafo único, e 69, § 6º, da Lei de Falências. São hipóteses em que o próprio legislador torna desnecessária a demonstração da intenção de dilapidação ou ocultação de bens pelo causador do dano, presumindo o risco, tal como se dá no caso de indisponibilidade de bens para a reparação de danos causados ao patrimônio público.

O exame do preceito, notadamente quando lido à luz dos pilares à concessão da tutela de urgência na modalidade cautelar (art. 798 do CPC) e quando avaliado sob o enfoque dos encargos probatórios (art. 333 do CPC), indicaria o acerto da primeira posição, estabelecendo-se que a ordem de indisponibilidade patrimonial demanda prova, cujo ônus é atribuído ao autor, de que o réu estaria adotando medidas configuradoras de dilapidação patrimonial, em prejuízo de eventual ressarcimento ao erário ou em salvaguarda de seu enriquecimento ilícito, de maneira a delimitar o *periculum in mora* inerente à tutela cautelar.

A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça, após fazer ressoar a divergência ao adotar entendimento de que a indisponibilidade patrimonial dependeria da prova do *periculum in mora* (cf. REsp 139.187/DF, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 3.4.2000), firmou jurisprudência monótona compatível com a outra corrente doutrinária, mediante reconhecimento de implicitude daquele requisito ao acautelamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPO-

NIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO.

1. Trata-se, originariamente, de Ação que visa ao reconhecimento de improbidade administrativa por irregularidade na prestação de contas referentes ao repasse de recursos financeiros de verbas destinadas a custear transporte escolar e merenda (PNAE E PNATE), com prejuízo de aproximadamente R\$500 mil (valores de outubro de 2009). A indisponibilidade de bens foi indeferida na origem, por ausência de *periculum in mora*.

2. Assente na Segunda Turma do STJ o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial.

Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O *periculum in mora* é considerado implícito. Precedentes: Edcl no REsp 1.211.986/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 9.6.2011; REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21.9.2012; REsp 1.205.119/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28.10.2010; REsp 1.203.133/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.161.631/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 24.8.2010; REsp 1.177.290/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 1.7.2010; REsp 1.177.128/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 16.9.2010; REsp 1.134.638/MT, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, DJe 23.11.2009.

3. Recurso Especial provido para conceder a medida de indisponibilidade de bens.

Melhor refletindo acerca do tema, hei de reconhecer o acerto da conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a medida de indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, de fato não demanda a comprovação de *periculum in mora*.

A despeito disso, não vejo como possa aderir à conclusão de que este – o *periculum in mora* – seja presumido na espécie.

Com efeito, em sistema processual democrático, que no Processo Penal assume forma acusatória análoga à aplicável no processamento dos atos de improbidade administrativa, revela nítida incongruência

técnica conceber que se deva presumir determinada circunstância fática (*periculum in mora*), notadamente quanto à presunção em questão não decorre expressamente de previsão legal e repercute em consequências tão severas a direitos subjetivos alheios (indisponibilidade patrimonial).

Deve ser destacado que o direito ao patrimônio integra o acervo inerente aos direitos humanos de primeira geração, encartando-se na ordem jurídica pátria no rol de direitos fundamentais do cidadão (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal), o que inviabiliza sua restrição, mesmo que provisória, por presunção legal não expressa.

Ora, se não é possível presumir o *periculum in mora* para a concessão acautelatória da indisponibilidade patrimonial, como justificar tal medida, de natureza inequivocamente severa, sem a demonstração daquele requisito à tutela de urgência?

A hipótese, na verdade, é de concessão de medida acautelatória em exercício de tutela de evidência, corolário ao dogma da inafastabilidade da jurisdição perante a risco ou ofensa a direito subjetivo, tendo em vista que, segundo Luiz Fux, “*direito evidente reclama provimento imediato*”.²

Com efeito, a evolução da doutrina processual vem reconhecendo, em determinados institutos e procedimentos estabelecidos pelo legislador, a adoção de técnica procedimental específica que assegure maior celeridade na outorga da tutela ou na obtenção dos efeitos práticos dela decorrentes nos casos em que se verifique que o direito subjetivo reclamado comporta demonstração documentada e verossímilante, aos quais se reconhece a marca da evidência.

É que demonstração documentada do direito subjetivo, que lhe empresta grau de certeza absolutamente razoável e indica pequena viabilidade de contraposição legítima pela parte contrária, ainda que medida em cognição sumária, exige, por força da inafastabilidade da jurisdição, a concessão imediata do provimento reclamado ou, pelo menos, dos efeitos práticos dele decorrentes, pena de, com o retardo

² FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000, p. 43.

inerente ao exame exauriente do tema, incorrer em negação à tutela eficiente.

Quanto à matéria, valho-me uma vez mais do escólio de Luiz Fux, quando adverte que os direitos evidentes revelam “situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante”.³

Não bastasse isso, a leitura que a doutrina contemporânea empresta à dita técnica processual, de tutela diferenciada dos direitos evidentes, não está condicionada ao nível de satisfatividade decorrente da medida, além de alcançar qualquer modalidade procedimental à qual tenha o legislador aplicado a mencionada medida.

Invocando as palavras de Fredie Didier Júnior, é possível listar, dentre as prescrições normativas de salvaguarda aos direitos evidentes, a tutela antecipada com prova inequívoca da verossimilhança dos fatos e demonstração do abuso do direito de defesa (art. 273, *caput* e II, do CPC); e a ação monitória cujo rito procedimental está calcado na cognição sumária de prova escrita sem eficácia de título executivo, dentre outros.⁴

O rol em comento comporta acréscimos, tais quais, a tutela possessória nas ações chamadas de força nova (art. 927 do CPC) e, diante da temática proposta, a medida acautelatória de indisponibilidade patrimonial do art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992.

Esse é o fundamento adequado à conclusão da jurisprudência acerca da desnecessidade de demonstração do *periculum in mora* para concessão da medida em comento e tal se revela do procedimento estabelecido pela Lei n. 8.429, de 1992.

O mencionado diploma, como frisado, dita os procedimentos administrativo e judicial para a apuração e julgamento de atos de improbidade, indicando que, mediante representação ou por ato de ofício, a autoridade competente instaurará comissão processante para sindicância dos fatos.

³ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000, p. 24.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 4, p. 309.

Apurados os fatos, prescreve o art. 16 da Lei n. 8.429, de 1992, que a comissão processante, ante a indícios fundados de responsabilidade, representará ao Ministério Público ou à representação judicial do órgão para que se requeira judicialmente o sequestro de bens do agente investigado ou de terceiro, nas hipóteses de enriquecimento ilícito ou de causação de dano ao erário.

O preceito em questão estabelece inteligência amplamente aplicável à medida de indisponibilidade patrimonial disposta no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, eis que o referido preceito, conquanto disposto em outro título da Lei de Improbidade Administrativa, é expresso ao estabelecer o cabimento de representação por parte da *autoridade administrativa responsável pelo inquérito*.

Destarte, imperiosa a conclusão de que, perante a representação ou a indício da prática de ato de improbidade, caberá à autoridade administrativa competente instaurar inquérito para apuração dos fatos, sendo que, no curso da apuração, acaso apurados fundados indícios de responsabilidade, tal qual exigido pelo art. 16 da Lei n. 8.429, de 1992, deverá esta representar, ao Ministério Público ou à representação judicial do órgão, em interpretação extensiva desse preceito, para o requerimento judicial da indisponibilidade patrimonial.

Tal leitura induz à verificação de que, ao tempo da formulação da representação pela decretação de indisponibilidade patrimonial, seja pelo Ministério Público, seja pela representação judicial do órgão, disporá o magistrado elementos de convicção colhidos na fase administrativa, da qual o interessado pode tomar parte regularmente, em exercício do devido processo legal, os quais se prestarão a conformar fundados indícios de responsabilidade.

São justamente estes elementos de convicção colhidos na fase administrativa que, a par de autorizarem a concessão da medida de constrição patrimonial, indicam que, também no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, adotou o legislador técnica de tutela de evidência, eis que, presumindo o imparcial exercício da sindicância disciplinar, consequência dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade inerentes à Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), haverá o intérprete de reconhecer que, ao tempo da representação judicial da medida acautelatória, restará suficientemente demonstrada a

probabilidade de certeza do direito alegado, nas palavras do Ministro Luiz Fux.

Essa premissa, lida com olhos postos no dogma da supremacia do interesse pública, indica a absoluta inviabilidade de que a garantia de recomposição do patrimônio público dependa do integral decurso de trâmite processual de cognição exauriente, o que revela sua evidência e não se confunde com a dita presunção de *periculum in mora*.

Nesse toar de ideais, a prescrição do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, é absolutamente desinfluyente à solução da questão, tendo em vista que o citado dispositivo constitucional, além de não estabelecer presunção legal de *periculum in mora*, nenhuma relação guarda com a identificação da evidência do direito reclamado.

A premissa ora assentada traz a lume outras conclusões, senão vejamos:

Reconhecendo-se que a indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, é hipótese legal de tutela da evidência, notadamente a partir da inteligência do art. 16 do mesmo diploma legal, ter-se-ia de estabelecer, por corolário, a constatação de que também a medida de sequestro não revela hipótese de presunção de *periculum in mora*.

A mencionada conclusão, entretanto, revela flagrante silogismo, tendo em vista que o art. 16 da Lei n. 8.429, de 1992, é literal a fazer referência à aplicação, para implementação do sequestro da Lei de Improbidade Administrativa, das exigências do art. 822 do CPC, que justamente declina os requisitos à demonstração do *periculum in mora* para a citada providência cautelar.

Logo, a indisponibilidade patrimonial disposta no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, é nítida hipótese de tutela de urgência, até mesmo por influência do art. 16 da citada lei, o que, todavia, não enseja a constatação de que o sequestro de bens arrolado no mesmo dispositivo também o seja.

Na hipótese, de outra banda, de a medida acautelatória e a própria ação de improbidade serem ajuizadas com lastro exclusivo em procedimento investigativo dirigido pelo Ministério Público, a natureza de tutela de evidência da medida de indisponibilidade se revela da mesma maneira.

Com efeito, a investigação por parte do Ministério Público, ainda que os investigados no mais das vezes se lhe atribuam parcialidade, ostenta as mesmas características que os demais procedimentos administrativos, tais quais, a imparcialidade, a legalidade e a moralidade, de modo que os elementos de convicção ali colhidos, influenciados pela regra da supremacia do interesse público, servirão, isoladamente considerados e independentemente da demonstração de *periculum in mora*, à concessão da medida de indisponibilidade de bens.

Assim, em releitura do art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, afigura-se que, de fato, a indisponibilidade patrimonial decorrente de ato de improbidade administrativa não depende da demonstração de *periculum in mora*, requisito imanente às tutelas de urgência, ante a verificação de que, na espécie, adotou o legislador, tal qual vem fazendo em inúmeros preceitos normativos, hipótese de tutela diferenciada para salvaguarda da evidência, assegurando-se a antecipação dos resultados práticos inerentes à tutela final já no início do litígio, em reflexo da supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 4.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000, p. 23-43.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. A improbidade administrativa. In: *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.

ESPAÇO ABERTO

10

A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* NA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

André Luiz Lopes¹

RESUMO

Este trabalho trata sobre a legitimidade ativa *ad causam* na Ação Popular Ambiental, prevista na Lei n. 4.717/65 e art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que indicou o cidadão como único legitimado a propor esse remédio constitucional para prevenção e reparação do dano ambiental.

Será investigado o conceito de cidadão, restrito à pessoa do eleitor na Lei n. 4.717/65, o que contraria a amplitude dada ao termo no art. 5º, LXXIII, da Carta Magna, apontando quem é o cidadão legitimado a propor Ação Popular Ambiental.

Palavras-chave: Ação Popular Ambiental. Meio ambiente. Dano ambiental. Legitimidade ativa *ad causam*. Conceito de cidadão.

ABSTRACT

This paper deals with the active legitimacy cause *ad in* Popular Environmental Action, under Law 4.717/65 and art. 5, LXXIII of the Federal Constitution, which indicated the citizen as the sole legitimate to propose this constitutional remedy for prevention and remedying of environmental damage.

¹ Advogado, professor da Escola Superior Dom Helder Câmara, pós-graduado em Direito Civil, Processual Civil e Público, Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade.

Will investigate the concept of citizen, restricted to the person of the voter in Law 4.717/65, which contradicts the breadth given to the term in art. 5, LXXIII, the Magna Carta, pointing citizen who is legitimized to propose Popular Environmental Action.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a analisar o conceito de cidadão na Lei n. 4.717/65, que regula a Ação Popular, bem como no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que trouxe em seu bojo essa ferramenta processual com maior amplitude, dando ao “cidadão” o direito de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, praticado pelo Poder Público e/ou particular, por meio da tutela jurisdicional, além da condenação dos culpados pelo dano.

Se de um lado a Lei de Ação Popular propiciou ao cidadão a possibilidade e o direito de fiscalizar a coisa pública, a Constituição Federal elevou esse direito a um dever, prescrevendo em seu art. 225, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade *o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*” [grifos nossos], promovendo, para tanto, o meio ambiente a um direito fundamental, incluindo-o na lista dos bens tutelados pela Ação Popular.

Em um momento em que o meio ambiente assume relevância cada vez mais transnacional e os direitos, por consequência, cada vez mais transindividuais, a disponibilização do direito/dever do cidadão em tomar iniciativa em prol do meio ambiente, baseado, sobretudo, no comando constitucional dos art. 5º, LXXIII e art. 225, é a Ação Popular um instrumento do cidadão para prevenção e reparação do dano ambiental.

2. A AÇÃO POPULAR: CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Antes de entrar no tema, importante analisar alguns conceitos sobre a Ação Popular, que é a ação destinada a combater ato ilegal e lesivo

ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos consumidores e demais interesses difusos e coletivos, disponibilizada ao cidadão na Constituição Federal, art. 5º, LXXIII, e art. 1º da Lei n. 4.717/65, quando este não estiver em conformidade com a legalidade e moralidade.

Inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum. Consiste a Ação Popular no poder disponibilizado ao cidadão de reclamar um provimento judiciário – sentença – que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos aos bens tutelados, além da recuperação destes.

Art. 5º, LXXIII, da CF – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, 1988)

A Lei n. 4.717/65 trata no art. 11 da possibilidade da sentença, quando julgar procedente o pedido da Ação Popular, além de anular o ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, também condenar os responsáveis pela sua prática ao pagamento de perdas e danos.

Art. 11. A sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa. (BRASIL, 1965)

3. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* NA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL E O CONCEITO DE CIDADÃO

A legitimidade ativa da ação popular vem explicitada no art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, ditando que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com título eleitoral ou com documento que a ele corresponda. Esse conceito de cidadão só poderá continuar servindo para os casos em que a ação seja utilizada para proteger a coisa pública, uma vez que, nessas situações, é perfeitamente compreensível a relação entre o conceito de cidadão e a utilização desse remédio cons-

titucional, lecionando Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2008, p. 426), que a ação popular reclama uma reanálise do conceito de cidadão. Isso porque a Constituição Federal de 1988 ampliou o objeto da ação popular, de modo que essa não tutela mais somente bens públicos, mas também os difusos.

Ao contrário da Lei n. 4.717/65, que exige do cidadão a prova da cidadania mediante a apresentação do título de eleitor, a Constituição Federal cita, como legitimado processual ativo para a ação popular, o “cidadão”, não exigindo a prova desta “condição”.

Todavia, aludida relação em sede de ação popular ambiental não é acertada, porquanto estaria restringindo o conceito de cidadão à ideia ou conotação política, ou seja, somente o indivíduo quite com as suas obrigações eleitorais poderia utilizar-se da ação popular. Dessa forma, em sendo de todos os bens ambientais, nada mais lógico que não só o eleitor quite com a Justiça Eleitoral, mas todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País possam ser rotulados cidadãos, para fins de propositura da ação popular ambiental.

José Cretella Júnior (1995, p. 239) leciona ter o legislador constituinte assegurado a todos o direito subjetivo público ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: “Assim, qualquer cidadão do povo é parte legítima para propor a ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus da sucumbência.”

Não é outro o magistério de Gregório Assagra de Almeida:

[...] a ação popular está dentro das garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, LXXIII, da CF). Assim, se a Constituição não estabelece qualquer restrição à concepção de cidadão, e a ação popular é garantia constitucional fundamental, não é compatível, na espécie, qualquer interpretação restritiva, de sorte que o art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/65, por estabelecer restrição indevida à condição de cidadão, para efeitos de legitimidade para o ajuizamento de ação popular, não foi recepcionado pela Constituição Federal (art. 5º, LXXIII). Tem-se que a concepção de cidadão deve ser extraída de um dos mandamentos nucleares da Constituição Federal, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, da CF). Destarte, todos os que devem ser respeitados na sua dignidade de pessoa huma-

na têm legitimidade ativa para o ajuizamento de ação popular: o analfabeto que não se alistou, os maiores de 70 anos, cujo voto é facultativo, os que não estejam em dia com o serviço eleitoral, os presos, etc. Interpretação em sentido contrário, esbarra nos princípios comezinhos de interpretação constitucional. (ALMEIDA *apud* SILVA, F., 2008, p. 142)

Entendendo o cidadão de forma ampla, Ana Flávia Messa e José Carlos Francisco (2013, p. 421) lecionam que o termo “cidadão” também pode ser encontrado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Verifica-se que o seu art. 64 estabelece que a Imprensa Nacional e outras gráficas mantidas pelo Poder Público deveriam promover a edição popular do texto integral da Constituição Federal, que seria:

[...] posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil. (BRASIL, 1988)

Também aqui não parece razoável entender que somente os “eleitores” deveriam receber um exemplar da Constituição, mas qualquer um do povo.

Assim como nesses dispositivos (art. 58, § 2º, V, da Constituição Federal e art. 64, ADCT), não seria coerente reduzir o conceito de “cidadão” ao de “eleitor” também no disposto no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular (...)”. Ademais, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, a “cidadania” (art. 1º, II, da Constituição Federal²) coloca-se como determinante para a hermenêutica constitucional, sendo uma diretriz a ser perseguida pelo Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, deve-se ainda destacar que a ação popular, por ter sido prevista pelo texto constitucional no art. 5º, cujo *caput* estabelece

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II – a cidadania;

que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e a propriedade (...)”, não poderia ter o seu rol de legitimados restringido para que somente os eleitores pudessem propô-la.

De fato, continuam os autores, a Constituição brasileira prescreve “que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, e que este deve ser preservado “para as presentes e futuras gerações” (art. 225). Se todos têm esse direito, não há porque reduzir o acesso à Justiça apenas para os eleitores, excluindo do rol de legitimados, v.g., os estrangeiros. Muitas vezes, o dano ambiental produz efeitos no território nacional ou ainda em território de país limítrofe, e afeta estrangeiros residentes ou não no Brasil. Tendo em vista o fundado interesse que pode haver por parte de estrangeiros, não há razão para impedir que esses intentem anular o ato lesivo ao meio ambiente.

Ainda que a questão não verse sobre meio ambiente, há outras situações que também são de interesse de estrangeiros. Se a questão versar sobre a lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, os estrangeiros residentes no País, que, assim como os brasileiros, têm o dever fundamental de pagar tributos e contribuir com os gastos do Estado, também podem exercer uma vigilância cidadã sobre a retidão na condução da *res publica*.

A Ação Popular tem assento na Constituição e sua condição de remédio constitucional é incompatível com a interpretação restritiva, especialmente no que concerne à legitimidade ativa para sua propositura. Os titulares de direitos fundamentais, destinatários das prestações estatais, em geral, têm evidente interesse na preservação do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, CF), e não apenas aqueles que estão alistados eleitoralmente, concluem os autores.

Nesse sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery (*apud* FRANCISCO; MESSA, 2013, p. 421-422) sustentam que a proteção do meio ambiente é constitucionalmente assegurada a todos, inclusive aos estrangeiros,

e que não seria apenas o eleitor apto a protegê-lo por meio da ação popular.

Assim, o atual sentido e a amplitude da palavra *cidadão* e, por consequência, de cidadania, não mais deve estar restrito à prova do efetivo gozo dos direitos políticos, condição de ser eleitor, votar e ser votado, uma vez que seria relegar à marginalidade todos os demais brasileiros, cidadãos que são, caso permanecesse intacta a regra do art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 (SILVA, F., 2008, p. 142).

Dando continuidade à sua doutrina, Celso Antônio Pacheco Fiorillo afirma que, para tanto, não devemos perder de vista que o art. 5º, *caput* e LXXIII, bem como o art. 225, *caput*, todos da Constituição Federal, preceituam que:

Art. 5º *Todos* são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII – *qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

(...)

Art. 225. *Todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (Grifos nossos)

Marcos Catalan (2008, p. 177) defende que a restrição da legitimação para propor ação popular ao cidadão eleitor é contrária ao disposto no art. 5º, LXXIII, e art. 225, *caput*, da Constituição Federal, pois, caso se considere que aquela prevê a constante busca por um meio ambiente saudável, acaba concedendo aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, eleitores ou não, legitimidade para exercer seus direitos contra a degradação dos bens e valores ambientais.

Com isso, denota-se que o destinatário do meio ambiente ecologicamente equilibrado é toda a coletividade, brasileiros e estrangeiros aqui residentes, independente da condição de eleitores, de modo que, no tocante à proteção dos bens e valores ambientais, o art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Luiz Manoel Gomes Júnior defende que o cidadão seria “qualquer integrante da população brasileira e não apenas o eleitor, havendo, assim, uma ampla gama de pessoas (toda população) legitimadas a defenderem os direitos tuteláveis em sede de ação popular” (GOMES JÚNIOR, 2004, p. 214), complementando Paulo Affonso Leme Machado que “o meio ambiente, o patrimônio público, a moralidade administrativa, o patrimônio histórico e cultural, apelam para a participação, em juízo, de todas as pessoas”. E continua: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é de cada um, como pessoa humana, independente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência.” (MACHADO *apud* SILVA, F., 2008, p. 148)

José Rubens Morato Leite (2011, p. 164) registra que há de se lembrar que a lei fundamental, autoaplicável nesse tema, confere ao estrangeiro residente no País, a possibilidade do exercício desse direito subjetivo fundamental: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).” Assim, a cidadania, pela disposição constitucional citada, foi ampliada no sentido de estender ao estrangeiro o direito subjetivo fundamental à ação popular ambiental, desde que prove estar residindo no País. Apesar da não regulamentação desse direito do estrangeiro, crê-se plausível a sua existência e vigência no sistema jurídico brasileiro, considerando a sua imediata aplicabilidade, nos termos da lei fundamental.

Maude Nancy Joslin Motta (1998, p. 102) e Roberto Armando Ramos Aguiar (1994, p. 34) enfrentam a necessidade de ampliação da cidadania e que, no que se refere à proteção ambiental, a cidadania deve ser qualificada hoje em termos planetários, considerando que a proteção do ambiente é uma questão de sobrevivência de toda espécie humana e do planeta.

Assim, as exigências do art. 1º, da Lei n. 4.717/65 encontram-se em desconformidade com a lei fundamental no que diz respeito ao estrangeiro residente no País e à defesa do bem ambiental popular.

Portanto, o conceito de cidadão, previsto na Constituição Federal, segundo os autores citados, não está restrito ao eleitor, mas a qualquer integrante da população brasileira, havendo uma ampla gama de pessoas legitimadas a defender os direitos tuteláveis em sede de Ação Popular Ambiental, pelo qual é possível inferir que tanto aquele que está com seus direitos políticos suspensos quanto aquele que os perdeu, continua com sua legitimidade ativa *ad causam*, já que o conceito de cidadão é mais amplo do que pretendeu a Lei n. 4.717/65.

4. DA LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MAIOR DE 16 ANOS E MENOR DE 18 ANOS DE IDADE NA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

José Rubens Morato Leite (2011, p. 167) defende que, acredita-se, mesmo não existindo a legitimação coletiva na ação popular, a cidadania foi vista pelo legislador constituinte brasileiro de forma mais abrangente do que no passado, pois foi facultado ao maior de 16 e menor de 18 anos de idade, e ao analfabeto, exercerem o seu direito de eleitor, conforme art. 14, § 1º, II, “a” e “c”, da Constituição Federal.³ Assim determinando, claro está que o legislador procurou dar uma amplitude maior à cidadania e facultou ao menor púbere e ao analfabeto vir a juízo proteger o meio ambiente, por meio da ação popular ambiental, devendo, no caso do menor, ser assistido nos termos dos arts. 4º, I, do Código Civil⁴ e 8º, do Código de Processo Civil.⁵

³ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...) § 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

(...) II – facultativos para:

(...) a) os analfabetos;

(...) c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

⁴ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

(...) I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;”

⁵ “Art. 8º Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.”

Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando do problema posto, leciona que:

[...] confrontam-se dois dados, igualmente relevantes: de um lado, não estando no pleno gozo de seus direitos civis, o menor púbere não poderia, por si mesmo e sem assistência, constituir advogado que firmasse a petição inicial e assim atendesse à capacidade postulatória (CPC, arts. 8º, 37 e parágrafo único); de outro lado, porém, a Constituição Federal assegurou aos ‘menores de 18 anos’ a faculdade de se alistarem e votarem art. 14, § 1º, II, ‘c’).

Numa harmonização dos textos, parece-nos sustentável afirmar que a deficiência apresentada pelo menor quanto à sua idade passa a ser um dado secundário, um minus, no contraste com a outorga de um direito político, de uma liberdade pública que lhe é assegurada ao nível constitucional. Por outras palavras, cidadão ele é, porque mesmo sua incompetência é apenas relativa, limitada a certos atos da vida civil, para os quais, em seu próprio interesse, deve ele ser assistido (CC, arts. 4º, I; 115 e 1.634, V); eleitor também é, como resulta claro do texto constitucional antes referido. De sorte que nos parece viável, malgrado não seja comum, que um cidadão brasileiro eleitor, menor de 18 anos, outorgue, devidamente assistido, procuração a advogado e assim intente ação popular. (MANCUSO, 2008, p. 206-207)

José Afonso da Silva vai além: defende poder o menor púbere ser autor popular, sem mesmo ser assistido, justificando:

[...] constitui exercício de direito político, atribuído ao eleitor; por isso, a regra do Código de Processo Civil, no caso, sofre derrogação em favor do menor eleitor, que pode intentar a ação sem assistência. Exigi-lo seria restringir direito constitucional do cidadão. Mas nisso não se configura o *ius postulandi*, que não caracteriza direito político, mas habilitação profissional específica, pelo que é necessário que o autor popular seja representado em juízo por advogado (arts. 36 e 40, do CPC). (SILVA, J. *apud* MANCUSO, 2008, p. 207)

Também defendendo a legitimidade do menor púbere para propositura da ação popular, independentemente da assistência, Alexandre de Moraes afirma que somente o cidadão tem legitimação constitucional para a propositura da ação popular, estando abrangidos no conceito de cidadão o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre

16 e 18 anos, para quem é desnecessária a assistência em juízo, por se tratar do exercício de um direito político, e o cidadão português equiparado, devendo todos estar em pleno gozo de seus direitos políticos quando do ajuizamento da ação, situação comprovada com o título de eleitor (MORAIS *apud* SILVA, F., 2008, p. 141).

Compartilhando esse mesmo entendimento, Nelson Nery Jr. leciona que:

[...] o eleitor com dezesseis anos (CF art. 14, § 1º, II, 'c') é parte legítima para propor ação popular, estando emancipado para o exercício dos demais atos da vida civil. Poderá agir em juízo, praticando atos processuais, sem a assistência dos pais ou representantes legais, pois o exercício pleno dos direitos políticos não pode ser feito por representação, nem se coaduna com submissão ao pátrio poder. O eleitor com dezesseis anos é emancipado e tem capacidade processual. (NERY JR. *apud* SILVA, F., 2008, p. 146)

Gregório Assagra de Almeida sustenta que

Seria suficiente a cidadania mínima (capacidade de votar), que pode ser adquirida no sistema constitucional pátrio, facultativamente, com o alistamento eleitoral ao se completar 16 anos de idade (art. 14, § 1º, II, 'c', da CF). Portanto, o cidadão eleitor com 16 anos de idade já está legitimado para o ajuizamento da ação popular. A quem sustente que o alistamento eleitoral aos 16 anos de idade é forma de emancipação, estando o cidadão eleitor habilitado para a prática de todos os atos da vida civil, especialmente para o ajuizamento de ação popular, sem a necessidade da assistência exigida pela lei processual. (ALMEIDA *apud* MANCUSO, 2008, p. 208-209)

Assim, em relação à legitimidade ativa, releva registrar que no Brasil está pacificada a possibilidade de ajuizamento de Ação popular por pessoa com 16 anos de idade, independentemente de assistência, desde que detenha capacidade eleitoral ativa, arremata Romeu Faria Thomé da Silva (2012, p. 653).

Esse é o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou o recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo, com o objetivo de sustar ação popular por falta de interesse de agir dos autores.

A ação popular foi ajuizada por um cidadão contra o Estado de São Paulo. Ele queria que o Estado fosse condenado a deixar de lançar esgoto *in natura* ou com potencial poluente produzido pela Penitenciária Estadual de Presidente Bernardes no Córrego Guaruaia. Também foi pedida indenização pelos danos causados aos recursos hídricos em benefício do Fundo Especial de Recuperação dos Interesses Difusos Lesados.

O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença que deu provimento à ação e admitiu o pagamento de indenização, sujeita à constatação pericial e com valor a ser apurado na execução.

O recurso especial contra essa decisão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por força de um recurso de Agravo de Instrumento. A Fazenda de São Paulo argumentou ser vedado ao cidadão, por meio de ação popular, tentar impedir a administração de fazer ou deixar de fazer algum ato. Alegou também que houve cerceamento de defesa porque foi negado ao Estado o direito de produzir prova pericial.

O relator do caso, Ministro Castro Meira, destacou que o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal é claro ao afirmar que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular tendente a anular ato lesivo ao patrimônio público e ao meio ambiente, entre outros. O que se exige é que o autor seja cidadão brasileiro, maior de 16 anos, no exercício de seus direitos cívicos e políticos. Por isso concluiu pela legitimidade da ação.⁶

Abaixo, jurisprudência que entende a legitimidade ativa, atendido o binômio cidadão/eleitor:

TJDFT-112132) CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. IRREGULARIDADE FORMAL. RAZÕES DISSOCIADAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. PROMOÇÃO PESSOAL. DESVIO DE FINALIDADE. LESÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Não se conhece de recurso de Apelação

⁶ STJ: REsp. 889.766/SP. Rel. Min. Castro Meira. Publ. *DJe* 18/10/2007.

que se reporta aos termos da contestação sem, contudo, expor os fundamentos de fato e de direito do inconformismo do Apelante, que viola o disposto no art. 514, II, do CPC. Princípio da Dialec-ticidade. 2. *Tem legitimidade para ajuizar Ação Popular o cida-dão, sendo que tal condição é comprovada pela apresentação do título de eleitor, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65.* 3. Não há cerceamento de defesa quando os elementos dos autos são suficientes para formar o convencimento do juiz, destinatário das provas. 4. A veiculação de jornal institucional com conteúdo que promova a imagem do agente político viola o dever de informar e educar, previsto no art. 37, § 1º, da Constituição da República, além dos princípios da impessoalidade e da moralidade, confi-gurando desvio de finalidade, que acarreta lesão ao patrimônio público. 5. A condenação nos honorários advocatícios, ainda que tenha por fundamento o § 4º do art. 20 do CPC, deve submeter-se, no momento da fixação, ao disposto no § 3º, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do mesmo artigo, onde se estabelece como parâmetros o zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e im-portância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço. Apelação Cível do segundo Apelante não conhecida. Apelação Cível do primeiro Apelante parcialmente provida. (Processo n. 2000.01.1.030254-9 (473275), 5ª Turma Cí-vel do TJDF, Rel. Angelo Passareli, unânime, DJe 17.01.2011). (Grifos nossos)

5. CONCLUSÃO

Verificou-se não ter a Constituição Federal recepcionado o conceito de cidadão ditado pela Lei n. 4.717/65 no que diz respeito à questão ambiental, mormente porque a Ação Popular é remédio constitucional, não comportando interpretação restritiva, sendo dever de todos a proteção do meio ambiente, conforme determina o art. 225, da Constituição, cuja proteção é uma questão de sobrevi-vência de toda espécie humana e do planeta, eis que o meio ambien-te ecologicamente equilibrado tem como destinatário toda a coleti-vidade, brasileiros e estrangeiros aqui residentes, independente da condição de eleitor.

Dessa forma, qualquer pessoa está legitimada para o ajuizamento da Ação Popular Ambiental, enquanto sujeito de direitos e deveres, no papel de ator social agindo na proteção do meio ambiente como patrimônio comum da humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal/IBAMA, 1994.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano ambiental: a manifestação da vontade de repará-lo como causa da suspensão de aplicação de penalidades administrativas. *In: Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 7, jul./set. 1997.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a Ação Popular*. Diário Oficial, Brasília, 05 jul. 1965.

CATALAN, Marcos. *Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela*. São Paulo: Método, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCISCO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia (Coords.). *Ação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação Popular – Aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental – do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Tese de doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1999.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOTTA, Maude Nancy Joslin. O exercício da cidadania no direito ambiental. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. (Coords.). *O novo direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade por dano ecológico e a ação civil pública. *Revista da Justiça*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 173-174, 1984.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação Popular Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de Direito Ambiental*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp. 4.996, DJU 17/6/1996, p. 21450. TJSP, Ap. Cív. 205.827-1.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3/2/2006, p. 528.

11

SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS APÓS A EC 62/09

Fabio Murilo Nazar¹

Cristiane Rêgo²

RESUMO

O presente artigo pretende fazer um breve estudo acerca da impossibilidade do magistrado deferir aos credores de precatórios o sequestro de verbas públicas para pagamento de seus precatórios, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional n. 62 de 9 de dezembro de 2009, que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios.

Palavras-chaves: Precatório. Regime especial. Sequestro.

ABSTRACT

The present article aims at making a short study on the impossibility for magistrates to grant to court-ordered debt creditors the sequestration of public money to pay their COD, particularly after the

¹ Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Professor de Direito Civil da Faculdade Arnaldo Janssen de Belo Horizonte.

² Professora de Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e mestrandia em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG.

promulgation of the 62nd constitutional amendment of December, 9 2009, which institutes the special regime of COD payment.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva demonstrar que as hipóteses autorizativas do sequestro de verbas públicas para o pagamento de precatórios são restritas, tendo em vista que esta medida revela-se, em última análise, como sendo uma punição ao ente público devedor perante o não pagamento do precatório a tempo e modo.

O sistema de pagamento de precatórios é tema de tamanha importância que o próprio legislador constituinte se encarregou de tratá-lo desde a origem de nossa Constituição da República de 1988 (CR/88). Com o passar do tempo, o legislador constituinte derivado alterou a sua sistemática que passou por várias mudanças, sendo a última levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009.

O principal objetivo da referida Emenda Constitucional foi o de possibilitar ao ente público a quitação do maior número possível de precatórios e, conseqüentemente, atender aos seus credores. Para tanto, ao ente público, foi dada a faculdade de optar pelo chamado “regime geral”, previsto no art. 100 da CR/88 ou pelo denominado “regime especial” de pagamento, previsto no art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CR/88, após a EC 62/2009.

Nesse cenário e para o caso de opção pelo pagamento dos precatórios no “regime geral” previsto no art. 100 da CR/88, surge o sequestro de verbas públicas como um instrumento colocado à disposição do credor do precatório que, eventualmente, tenha sido preterido em seu direito de preferência, ou, em outra hipótese, no caso de ausência de alocação orçamentária suficiente para a satisfação de seu débito. Note-se que o sequestro não garante o pagamento de imediato, mas serve como um instrumento para que o credor tenha seu direito atendido, em caso de descumprimento dos ditames constitucionais e legais atinentes à matéria.

Conforme será demonstrado, o sequestro é cabível somente em hipóteses restritas não sendo possível deferi-lo indistintamente, como se tem notado a cada dia no judiciário brasileiro que, por uma interpretação, por vezes míope, aplica o instrumento do sequestro confor-

me novas teses criadas e defendidas por credores de precatórios, cujo escopo é ampliar as hipóteses de cabimento dessa medida extrema.

Assim, abordaremos aspectos gerais do sistema dos precatórios e, no que diz respeito, ao regime especial faremos uma análise mais aprofundada.

2. DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: DAS REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR E DOS PRECATÓRIOS. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Nos termos do art. 100 da CR/88 os débitos contraídos pelas Fazendas Públicas, de todos os entes federativos, em decorrência de sentenças condenatórias em obrigação de pagar transitadas em julgado, serão quitados por meio de precatório ou de requisição de pequeno valor.

As obrigações pecuniárias de pequeno valor são pagas por meio de requisição de pequeno valor (RPV), cuja sistemática não apresenta grandes complexidades. Cada ente federativo estabelecerá o montante considerado como sendo de “pequeno valor” e realizará o seu pagamento por meio de um simples depósito judicial.

No âmbito da União tais obrigações são aquelas que não excedem a 60 (sessenta) salários mínimos, conforme preceitua o art. 3 c/c art. 17, § 1º, da Lei n. 10.259/2001. Para os Estados e o Distrito Federal o limite é de 40 (quarenta) salários mínimos e para os Municípios o limite é de 30 (trinta) salários mínimos, salvo lei estadual, distrital ou municipal que estabeleça valor diverso, devendo, sempre, ser observado como patamar mínimo o valor do maior benefício do regime geral da previdência social (§ 4, do art. 100, da CR/88).

Para as condenações que excederem ao definido como “pequeno valor”, o pagamento se realiza por meio de precatório, que consiste na requisição, pelo Presidente do Tribunal ao chefe do executivo, de numerário para pagamento das condenações judiciais transitadas em julgado contra a Fazenda Pública (da União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações). O precatório pode ser visto como sucedâneo de penhora, em razão do princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

O pagamento dos precatórios, em regra, é feito de acordo com uma ordem cronológica de pagamento, cuja quitação ocorrerá no ano subsequente ao de sua apresentação no Tribunal, caso apresentados até 1º de julho, conforme preceitua o § 5º, art. 100, da CR/88.

De acordo, com a nova redação do art. 100 da CR/88 a atual ordem de pagamento dos precatórios é a seguinte: créditos alimentares preferenciais de idosos e portadores de doença grave até o triplo do valor da requisição de pequeno valor; créditos alimentares; e, por fim, os créditos comuns.

O processamento dos precatórios possui regras próprias, iniciando-se com a expedição da requisição de pagamento (o precatório propriamente dito) ao Presidente do Tribunal competente e finalizando-se com o efetivo pagamento ao credor, segundo valores devidamente atualizados.

A Emenda Constitucional n. 62/2009 alterou de maneira significativa a sistemática dos precatórios, tendo como principal intuito possibilitar ao ente público a quitação de suas finanças, abrindo margem à quitação dos seus precatórios segundo opção pelo regime geral, previsto no art. 100 da CR/88, ou pelo regime especial, nos moldes do § 15, do art. 100 da CR/88 c/c art. 97, do ADCT, da CR/88.

O regime geral, previsto no art. 100 e seus parágrafos da CR/88, nada mais é do que o pagamento pelo ente público devedor de seus precatórios na forma do § 6º do art. 100 da CR/88, ou seja, até o prazo final de seu vencimento, sob pena de sequestro.

Já o regime especial, que consiste na principal novidade trazida pela referida emenda, está previsto no § 15 do art. 100 da CR/88 c/c art. 97, do ADCT, da CR/88, sendo autorizado aos Estados, Distrito Federal e Municípios a opção por esse regime, desde que na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 62/2009, existam precatórios em atraso. Vale ressaltar que tal possibilidade não abarca os precatórios da União.

Com, efeito, enquanto não editada a lei complementar acima mencionada, aplicam-se as regras previstas no art.97, *caput*, do ADCT, da CR/88, que autoriza o ente público devedor a quitação de sua dívida no prazo de 15 anos (art. 97, § 1º, II, do ADCT da CR/88), ficando vedado o sequestro nesse período, salvo em razão da não liberação

tempestiva dos recursos destinados ao regime especial (art. 97, § 13, do ADCT, da CR/88).

Vale registrar que vários Estados brasileiros optaram por esse regime, podendo citar como exemplo o Estado de Minas Gerais, cuja opção se deu por meio do Decreto n. 45.317/2010, do Governador do Estado de Minas Gerais, que indicou a escolha do pagamento no prazo de 15 anos.

As hipóteses e as possibilidades do sequestro variam segundo o regime de quitação, seja o geral, seja o especial, conforme veremos a seguir.

3. SEQUESTRO NO REGIME GERAL E ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE UM TERCEIRO REGIME DE PAGAMENTO

O sequestro de verbas públicas para o pagamento do precatório é cabível, no regime geral de pagamento, no caso de preterição do direito de preferência e na falta de alocação orçamentária suficiente para a satisfação do débito, nos termos do art. 100, § 6º, da CR/88.

É importante destacar que o termo *sequestro* apresenta uma impropriedade técnica, visto que o seu conteúdo se amolda ao chamado “arresto” que se encontra previsto no Código de Processo Civil a partir do art. 813. O arresto consiste em uma medida cautelar que se destina a assegurar a efetividade da execução contra o devedor solvente ao retirar de seu domínio os bens necessários para garantir essa execução impedindo-lhe de alienar esses bens ou mesmo transferi-los.

Todavia, o termo *sequestro* consagrou-se na seara dos precatórios como forma de garantir a efetividade da execução contra a Fazenda Pública e assim será tratado neste estudo.

Apesar de se tratar de uma medida cautelar, o sequestro tem natureza satisfativa, conforme leciona Leonardo José Carneiro da Cunha em sua obra *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 330/331. Vejamos:

O referido sequestro nada mais é do que um *arresto*, sendo imprópria a designação de *sequestro*. Tal *arresto*, contudo, não ostenta a natureza de medida cautelar, consistindo numa medida satisfativa, de natureza executiva, destinada a entregar a quantia apreendida ao credor preterido em sua preferência. (Grifos nossos)

Tratando-se de regime especial, o regramento do sequestro é bastante peculiar, tendo em vista que o seu cabimento ocorre apenas na hipótese da não liberação tempestiva dos recursos pelo ente público devedor. Dessa forma, conforme se infere do art. 97, § 10, I, e § 13, não há que se falar em sequestro quando se verificar que o ente público vem efetuando correta e tempestivamente os depósitos na conta especial criada pelo Tribunal para esse fim.

Mesmo diante da clareza das regras constitucionais que impõem um cenário restrito ao sequestro, vários credores de precatórios vem defendendo perante o Judiciário brasileiro uma nova tese que lhes autorizaria o imediato sequestro do débito, passando à frente de todos os demais credores.

O principal argumento dessa nova corrente diz respeito ao fato de as regras atinentes ao regime especial não se aplicarem aos precatórios emitidos antes da vigência da EC n. 62/2009 com vencimento em 31 de dezembro 2010. Para esses credores teríamos um terceiro gênero de regime de pagamento que não o geral (art. 100 da CR/88) ou o especial (art. 97 do ADCT) e que diante desse vazio legislativo o sequestro pleiteado estaria autorizado.

Contudo, numa análise detida ao art. 97, § 13, do ADCT, da CR/88 é possível concluir que tal dispositivo proíbe expressamente essa pretensão.

De acordo com o dispositivo em comento apenas uma hipótese autoriza o sequestro, qual seja, no caso da não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento dos precatórios pelo regime especial.

Dessa forma, conforme já mencionado, se a Entidade Pública devedora estiver realizando os pagamentos dos precatórios pelo regime especial não há autorização legal para que se proceda ao sequestro de qualquer quantia.

Nesse sentido é a doutrina Leonardo Carneiro da Cunha:³

Feita a opção do regime a ser adotado, o ente público devedor fica obrigado a liberar, tempestivamente, os recursos correspon-

³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: DIALÉTICA, 2012, p. 371.

denes, sob pena de haver o sequestro da quantia em sua conta, por ordem do Presidente do Tribunal, até o limite do valor não liberado.

[...]

Ressalvada essa hipótese de não liberação dos recursos correspondentes à satisfação dos créditos por tal regime especial, a Fazenda Pública que estiver realizando pagamentos por tal regime especial não poderá sofrer sequestro de valores.

Corroborando com esse entendimento, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou:

Dessa forma, o pretendido sequestro não pode mais se apoiar na antiga redação do § 2º do art. 100 da CF/88, e nem mesmo no atual § 6º do referido dispositivo, já que encontra óbice no art. 97, § 13, do ADCT, também incluído pela emenda constitucional, que prevê:

‘§ 13. Enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do §1º e o §2º deste artigo’. Não fosse assim, entenderia pela possibilidade do sequestro, face ao efetivo preterimento do direito de preferência do impetrante. A alteração constitucional, conquanto tenha reforçado a existência de duas independentes ordens cronológicas de precatórios, comuns e alimentares, não alterou a prioridade destes últimos, dispondo inclusive que ‘serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo’ (art.100, § 1º, da CF). (MS 0227750-10.2010.8.13.0000, perante a Corte Especial do TJMG. Rel. Des. FRANCISCO KUPIDLOWSKI, julgado em 22.9.2010 e publicado em 12.11.2010). (Grifos nossos)

Veja que a tese defendida por alguns da existência de um terceiro gênero de regime de pagamento chamado de “precatório vincendo” e que seria distinto do geral (art. 100 da CR/88) e do regime especial (art. 97 do ADCT), não pode ir adiante, pois, no nosso sentir, este terceiro regime (“precatório vincendo” relacionado aos precatórios emitidos antes da EC. 62/2009) também estaria inserido no regime especial, simplesmente por se tratar de precatório pendente de pagamento, pois os precatórios emitidos antes da vigência da EC 62/2009 com pagamento para 31 de dezembro de 2010 estariam aguardando

a sua efetivação os que os colocam na situação de precatórios com pagamento pendente.

Nesse sentido, é o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha⁴:

Assim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data da publicação da EC n. 62/2009, estejam em mora quanto aos precatórios vencidos, inclusive os emitidos durante o período de vigência do próprio regime especial, poderão optar pela adoção de tal regime, não se aplicando a exigência de ordem cronológica para pagamento dos precatórios. Instituído o regime especial, e durante sua vigência, os precatórios que se vencerem posteriormente são igualmente por eles atingidos, sujeitando-se às suas correspondentes regras. (Grifos nossos)

Vale registrar que no âmbito da legislação mineira (art. 1º do Decreto n. 45.317/2010) estes precatórios vincendos, ou seja, pendentes de pagamento quando da vigência da EC 62/2009, também estão incluídos no regime especial de pagamento. Vejamos que dispõe o referido diploma legal mineiro:

Art. 1º O Estado de Minas Gerais opta pelo pagamento de seus precatórios, da administração direta e indireta, na forma do Regime Especial previsto no inciso II do § 1º do art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, ficando incluídos em tal regime os precatórios que ora se encontram pendentes de pagamento e os que vierem a ser emitidos durante sua vigência. (Grifos nossos)

Com efeito, o vocábulo “pendente” surge com grande importância nesse cenário, pois significa algo que aguarda sua efetivação. Vejamos o que nos ensina o dicionário Aurélio:

Pendente: Que pende; (...) 5. Ainda não colhido, que está para acontecer; iminente. (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 3. ed. Editora Positivo, p. 1528).

Em outro giro, a redação do art. 97 do ADCT da CR/88 também afasta a ideia da existência de um terceiro gênero de regime de pagamento de precatório, ao apontar que haverá a aplicação do regime especial de pagamento de precatórios ao Estado, Distrito Federal e aos

⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: DIALÉTICA, 2012, p. 368.

Municípios que tenham precatórios vencidos e não quitados, sejam esses precatórios das suas administrações direta ou indireta.

Cumpra registrar que a EC n. 62/2009 ao prever e definir a existência de precatórios vencidos e não quitados da Fazenda Pública como um todo (administrações direta e indireta), não faz qualquer distinção entre os vários entes da Administração Indireta para afastar deles o pagamento mediante o regime especial.

Assim, pela simples leitura do dispositivo constitucional conclui-se que as Entidades Públicas devedoras que, na data da publicação desta EC n. 62/2009 (9.12.2009), estivessem em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, terão que fazer esses pagamentos de acordo com as normas do regime especial do art. 97 do ADCT, caso optem por esse regime.

Ademais, interpretar a norma constitucional de forma diversa para afastar do regime especial o pagamento dos precatórios que aguardavam o seu termo final quando da vigência da EC n. 62/2009 é ignorar a existência de outros precatórios vencidos e não pagos, que terão que esperar até 15 anos para serem quitados.

A intenção de incluir, na moratória constitucional estabelecida pelo art. 97 do ADCT, todos os precatórios que tinham débitos vencidos e não quitados foi tão sutil que o texto da CR/88 fez questão de deixar claro que também integravam o regime especial os futuros precatórios emitidos durante o período de vigência do regime especial por ela instituído.

Em nota, vale registrar o que aponta o já citado autor Leonardo Carneiro da Cunha:⁵

O regime especial somente é aplicável ao ente público que tenha, dentro do prazo previsto no art. 3º da EC n. 62/2009, feito expressa opção. [...]

Sem embargo disso, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – editou a Resolução n.º 115, de 29 de junho de 2010, em cujo artigo 18, na redação dada pela Resolução n. 123, de 9 de novembro de 2010, estabelece que ‘Dos Estados, Distrito Federal e Municí-

⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: DIALÉTICA, 2012, p. 368.

pios, bem como de suas Autarquias e Fundações Públicas, que estejam em mora com o pagamento dos precatórios e não tenham exercido a opção de que trata o art. 97, § 1º, do ADCT, no prazo de 90 dias estipulado pelo art. 3º da Emenda Constitucional n. 62/2009, serão cobrados os depósitos no regime anual de que cogita o inciso II do § 1º do art. 97 do ADCT.

[...]

Como se vê, a referida resolução insere no regime especial de depósitos anuais os entes públicos que estejam em mora e que não tenham feito a opção de qualquer regime especial. (Grifos nossos)

Assim, a nosso ver, a tese levantada pelos credores de precatórios vincendos quanto à existência de um terceiro regime de pagamento dos precatórios não merece guarida, uma vez que os “precatórios vincendos” foram incluídos no regime especial de pagamento conforme se infere do art. 97 da CR/88 e nas legislações estaduais, a exemplo do que se verifica no art. 1º do Decreto n. 45.317/2010 constante do ordenamento jurídico mineiro.

4. INAPLICABILIDADE DO ART. 100, § 6º, DA CR/88 AO REGIME ESPECIAL

A *mens legis* que se infere do novo regime especial para pagamento dos precatórios previsto pela EC n. 62/2009 é a de conceder moratória ao Ente Público devedor, razão pela qual deve-se afastar qualquer interpretação constitucional que autorize o sequestro de verbas públicas para a quitação imediata de precatórios de alguns poucos credores por se afastar da finalidade constitucional.

Vale registrar que enquanto inserido no regime especial de pagamento de precatórios previsto no art. 97, do ADCT, da CR/88, fica afastada a aplicação do regime geral de pagamentos previsto no art. 100 da CR/88, nos termos do art. 97, *caput*, da CR/88.

Vejamos o citado comando constitucional:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive

os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, *farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14*, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (Grifos nossos)⁶

Nesse contexto, a EC n. 62/2009 determina que enquanto vigente o regime especial de pagamento de precatórios também fica afastada a eficácia do dispositivo constitucional o § 6º, do art. 100, da CR/88 que autoriza o sequestro.

E a razão desse impeditivo é simples, uma vez que o sequestro revela-se como sendo uma medida punitiva extrema imposta ao ente público, não tem sentido a aplicação de uma punição tão severa ao ente que optou pelo regime especial e que vem adimplindo o pagamento dos precatórios ali inseridos a tempo e modo.

Vale registrar, ainda, que, para os optantes do regime especial, o disposto no § 6º do art. 100 da CR/88, está com a sua eficácia suspensa por força do próprio art. 97, do ADCT, da CR/88.

Em outro giro, interessante destacar a importância do vocábulo “alocar” presente no § 6º do art. 100 da CR/88.

Os credores que entendem ser possível o sequestro das verbas públicas para a quitação de seus respectivos precatórios interpretam a palavra “alocar” como sendo pagar, quando na verdade, significa reservar, destinar, colocar.

Vejamos o que nos ensina o Dicionário Aurélio:

“Alocar: Colocar, destinar, reservar”. (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3. ed. Editora Positivo, 2008, p. 126).

Assim, o sentido da palavra alocar, presente no dispositivo em comento, é o de fazer incluir no orçamento o valor do débito do precatório, ato esse que caso não realizado poderá gerar o sequestro da verba omitida na lei orçamentária do ente devedor.

⁶ (Angher, 2011, p. 90)

Conforme já mencionado, as hipóteses permissivas do sequestro são restritivas justamente por se tratar de uma medida extremada e danosa aos cofres públicos.

Diante desse contexto em que o sentido da palavra alocar é o de fazer incluir no orçamento o valor do débito do precatório, caso esse ato não seja realizado, aí sim, o Ente Público devedor pode estar sujeito ao sequestro da verba que foi omitida em sua lei orçamentária.

Vale registrar que antes do advento da EC n. 62/2009 o sequestro só se dava em razão da quebra de ordem cronológica, sendo que a não alocação da verba no orçamento do ente devedor não tinha nenhuma consequência jurídica.

Assim dispunha o § 2º, do art. 100, da CR/88, em sua redação dada pela EC n. 30/2000, norma essa revogada pela EC n. 62/2009, que a substituiu pelo § 6º, art. 100, da CR/88:

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequiênda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito. (Redação dada a CR/88 pela EC n. 30/2000, substituída pelo § 6º, do art. 100, conforme EC n. 62/2009) (Grifos nossos)⁷

Com o novo regramento acerca do pagamento dos precatórios, o legislador constituinte reformador se preocupou em conter a omissão da Administração que sequer alocava/incluía a dívida de precatório em seu orçamento, ato que antes da EC n. 62/2009 era impune, razão pela qual inseriu essa hipótese no restrito campo do sequestro.

Sem a previsão do sequestro para o caso de não inclusão da verba no orçamento (§ 6º do art. 100), o disposto no § 5º do mesmo art. 100 não teria uma ferramenta que lhe assegurasse eficácia e perderia totalmente o seu sentido.

Assim, o sentido do termo alocação, previsto no § 6º, do art. 100, da CR/88, não é o de autorizar o sequestro no caso do não pagamento

⁷ (Angher, 2011, p.48)

do precatório em seu vencimento, mas, sim, o de autorizar o sequestro caso não haja a alocação, ou seja, a inclusão do débito no orçamento público.

Em reforço a essa ideia, cabe-nos afirmar que o termo “satisfação do débito” sempre esteve presente na redação constitucional, seja a do § 2º, art. 100, conforme EC n. 30/2000, seja o do § 6º, art. 100, pela redação da novel EC n. 62/2009.

Assim, a EC n. 62/2009, pela redação dada ao § 6º, do art. 100, da CR/88, apenas autorizou o sequestro em caso de quebra de ordem e de não inclusão orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito. *A contrario sensu*, não há previsão de sequestro em caso de mora do devedor público no pagamento de seus precatórios.

No estudo publicado na coletânea *Direito Público. Constitucional. Eleitoral. Processo e Jurisdição Constitucionais Administrativo. Previdenciário. Tributário*, constatou-se que:⁸

[...] o nosso Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente adotado o entendimento de que a não observância do art. 100, parágrafo primeiro, da CR/88, por si só, não configura descumprimento da ordem judicial, capaz de ensejar a mencionada intervenção.

Para a Suprema Corte, um dos pressupostos que possibilitariam a intervenção de um ente federativo em outro ente político da Federação é que o ato de descumprimento da decisão transitada em julgado seja voluntário e intencional.

Desse modo, o adiamento do pagamento de precatórios simplesmente por conta da insuficiência de recursos, acarretaria a ausência do elemento volitivo, sendo, portanto, uma espécie de inadimplência involuntária.

A jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que, diante das inúmeras dificuldades encontradas pela Administração Pública, não é legítimo deferir os pedidos de sequestros em virtude da falta de pagamento de precatórios porque não caracterizado o dolo de não pa-

⁸ Artigo da autoria de Bruno Mattos Ferreira, intitulado de *Precatórios: Aspectos Legais e Práticos*, publicado na coletânea *Direito Público. Constitucional. Eleitoral. Processo e Jurisdição Constitucionais Administrativo. Previdenciário. Tributário*. Organizadora: Dayse Starling Lima Castro, P. 410.

gar, por parte do Poder Executivo, mas uma efetiva impossibilidade material de pagamento. Logo, não há sentido aplicar pena tão severa ao ente público devedor.

É o que concluiu o egrégio STF ao julgar uma série de pedidos de intervenção no Estado de São Paulo, como noticiou o Informativo STF n. 296.

Assim, mesmo no caso do § 6º, art. 100, da CR/88, o sequestro pela não alocação da verba no orçamento não significa sequestro pelo inadimplemento ou mora do ente público em quitar sua obrigação, mas, sim, pela falta de inscrição do débito no orçamento público, pois a simples mora do ente público em quitar sua obrigação, desde que justificada, **não é suficiente** para a determinação do sequestro.

Da Suspensão do art. 78, do ADCT, da CR/88

Finalmente, cumpre apontar que o art. 78 do ADCT também tem sido fonte de fundamentação dos credores quanto ao pedido de sequestro de verbas públicas. Segundo esses credores, não há que se falar parcelamento de débito quando se tratar de precatório alimentar.

Todavia, o referido artigo foi suspenso em sua eficácia pelo STF, quando do julgamento da ADI MC 2356.

Assim, diante da suspensão do dispositivo apontado, não há direito que dela possa decorrer ou tese que nela possa se sustentar. Portanto, deve-se concluir que o instituto do sequestro deve ser visto e aplicado de maneira cautelosa, pois a satisfação do direito de alguns poucos credores pode colocar em risco a efetividade do sistema de pagamento de precatórios como um todo.

5. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o deferimento indistinto do sequestro causaria danos ao erário público, além de prejudicar a ordem jurídica instituída pelo art. 100 da CR/88, em sua nova redação firmada pela EC n. 62/2009, que é o de atender ao maior número possível de credores acelerando o pagamento dos precatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito RIDEEL*. 13. ed. atual e ampl. São Paulo: RIDEEL, 2011.
- BRASIL, Assembleia de Minas, Decreto n. 45.317/2010. Dispõe sobre a instituição do regime especial de pagamento de precatórios a que se refere ao art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de que trata a Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009, e da outras providências. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=-DEC&num=45317&comp=&ano=2010>>. Acesso em: 10 maio 2012.
- BRASIL – *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Editora Positivo, 2003, p. 1528.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Processo: Rcl 5730/RS, Rel. Min Luiz Fux, *Diário de Justiça*, Brasília, 19 outubro 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2356 MC/DF, Rel. Min Néri da Silveira, *Diário de Justiça*, Brasília, 19 maio 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Informativo n. 296, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo296.htm>>. Acesso em: 10 maio 2012.
- CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). Direito Público. *Constitucional. Eleitoral. Processo e Jurisdição Constitucionais Administrativo. Previdenciário. Tributário*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, 2009, p. 410.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: DIALÉTICA, 2012.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 0227750-10.2010.8.13.0000, Rel. Des. Francisco Kupidowski, *Diário Oficial*, 12 novembro 2010.
- WOLFRAM, Felipe Bittencourt. A Emenda Constitucional n. 62 e a nova redação do artigo 100 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19926/a-emenda-constitucional-no-62-e-a-redacao-do-artigo-100-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 13 de março de 2012.

12

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

Jair Leonardo Lopes¹

O texto do Anteprojeto de Reforma do Código Penal fora encaminhado ao Exmo. Sr. Senador José Sarney quando S. Exa. era Presidente do Senado. Tão logo fora a proposta da Comissão recebida, naquela Casa do Congresso, transformara-se no Projeto de n. 236 do Senado da República, o que pode tornar provável sua aprovação, embora não tenha merecido acolhida de conhecidos penalistas e de professores universitários brasileiros.

Convém lembrar que a Parte Especial do Código já existe, desde 1940, e a Parte Geral, reformada pela Lei n. 7.209, desde 11 de julho de 1984. Logo, foi apresentado, agora, um Anteprojeto de Reforma do Código Penal brasileiro e não Anteprojeto de “novo Código Penal”. Trata-se, apenas, de um registro histórico, que não desmerece o valor que o Anteprojeto possa ter, concluído que foi, surpreendentemente, em sete meses, compreendendo Parte Geral, Parte Especial e ainda incorporação da legislação extravagante, o que revelou extraordinária capacidade de trabalho de seus membros, que prestaram serviço público, relevante e gratuito, como sempre fora prestado por todas as comissões de reforma penal.

Embora abstendo-me, nesta oportunidade, de manifestação sobre toda a Parte Especial do Anteprojeto, acentuo que, entre as “tarefas”

¹ Desembargador aposentado do TJMG – Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFMG – Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal – Lei em vigor n. 7.209; e participou de outras Comissões de Reforma Penal no Ministério da Justiça. – Ex-Presidente da OAB – MG.

que a Comissão se propôs, estava a de “tornar proporcional as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa”. Entretanto, ao cominar as mesmas penas aos atos sexuais “vaginal, anal ou oral”, não observara proporcionalidade entre a natureza da gravidade do ato sexual vaginal e a gravidade dos atos sexuais anal ou oral.

Impossível considerar-se da mesma gravidade e das mesmas consequências o ato sexual anal ou oral e o ato sexual vaginal, que outro não é, senão a “conjunção carnal”, conhecida, desde o Código Penal de 40, como estupro, não havendo quem não saiba que se trata de relação sexual completa, mantida mediante violência ou grave ameaça. Do “ato sexual vaginal” pode resultar gravidez e o filho, daí decorrendo toda uma série de consequências e problemas psicológicos, morais, sociais e até econômicos, para a vítima e sua família, enquanto os chamados atos sexuais anal ou oral não suscitam aquelas mesmas consequências. Não houve, portanto, observância à proporcionalidade ao manter-se a cominação da pena de seis a dez anos a qualquer daqueles atos sexuais (art. 180).

Notória é, também, a desproporção entre as penas de crimes contra a pessoa e os praticados contra a fauna e especialmente contra os animais domésticos. Basta considerar que, segundo o art. 132 do Anteprojeto, “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”, sujeita o autor do crime à pena de um a seis meses ou multa; enquanto, segundo o art. 394 do Anteprojeto, “deixar de prestar assistência ou socorro a qualquer animal, que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública, sujeita o autor à pena de prisão de um a quatro anos.

No tocante à Parte Geral, a Comissão pretende introduzir, na vigente Parte Geral do Código Penal, profundas alterações sobre a teoria do fato punível, a começar do parágrafo único do art. 14, *in verbis*: “o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo”. Trata-se da proposta de incluir no Código Penal brasileiro a chamada “teoria da imputação objetiva”, doutrina

que, segundo os que a concebem e seus divulgadores, ainda se encontra em elaboração. Como tal, por enquanto, não logrou aprovação nem mesmo na legislação da Alemanha, seu país de origem, ou na Espanha, de onde tem partido sua divulgação para a América Latina, mediante traduções das obras dos notáveis professores germânicos.

Por isso, não é aconselhável a proposta que torna precursora nossa legislação penal. Em nosso país, todos os casos do cotidiano forense têm sido resolvidos, independentemente da doutrina da Teoria da Imputação Objetiva, considerando-se, para limitação da causalidade, o dolo e a culpa no tipo e para a solução dos desvios causais nas concausas e a superveniência de causa relativamente independente que, por si só, produza o resultado. Há conhecidas decisões nas quais se fez ampla exposição dos critérios de exclusão de imputação pela teoria referida, mas, no dispositivo de tais decisões, aqueles critérios não constituíram a razão única de decidir e, se não tivessem sido mencionados, a conclusão seria a mesma.

Em outra oportunidade, há mais o que dizer sobre a Parte Geral do Anteprojeto, suas mudanças de redação, quando nenhuma necessidade dogmática as impunha e não foram justificadas. Porém, a proposta de dar uma nova definição ao dolo eventual parece-me oportuna, pois, não obstante a polêmica sobre seu conceito, não é impossível estabelecer critérios diferenciais, para evitar os equívocos repetidos de considerar homicídios culposos, praticados na direção de veículos automotores, como homicídios com dolo eventual, a fim de que possam os autores virem a ser condenados a pena de seis a vinte anos, quando não de doze a trinta anos. É certo que a proposta do art. 18, I, do Anteprojeto, deve ser aperfeiçoada. No texto proposto, não se fez referência à “previsibilidade”, no entanto, na Exposição de Motivos, concluiu-se que: “Consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado, fazem o dolo eventual” (p. 217); no entanto, a previsibilidade não figura no texto da proposta de nova definição do dolo eventual.

Não há dúvida de que as mortes e outros danos à pessoa, causados por condutores de veículos, estão preocupando a todos, mas, tem sido inútil a medida de aumentar penas, supondo com o aumento delas evitar crimes. Já tivemos a experiência de agravação das penas

dos chamados crimes hediondos, entre os quais estão os estupros, as extorsões mediante sequestro, o tráfico de drogas, os homicídios puníveis com pena de 12 a 30 anos, no entanto, os jornais, rádios e televisão continuam a noticiar com frequência a prática desses mesmos crimes. A severa repressão, prevista na lei, está em vigor há mais de vinte anos, durante os quais a ocorrência dos crimes nela definidos sequer diminuía.

Do mesmo modo, as penas dos crimes cometidos na direção dos veículos automotores vêm sendo seguidamente aumentadas, quer as privativas de liberdade, quer as de multa, ao lado de sanções administrativas do mais amplo alcance, como a perda de pontos, que pode acarretar suspensão e até cassação do documento de habilitação para dirigir. Não obstante, nas ruas e nas estradas, os crimes, praticados na direção dos veículos, continuam, infelizmente, ocorrendo de modo extremamente preocupante.

Em Minas Gerais, as notícias divulgadas na semana do último Natal comprovam a inutilidade do aumento da repressão, pois, cerca de, apenas, uma semana após o agravamento da punição e a facilitação da prova do crime, o jornal “Hoje em Dia” estampava a manchete: “Perigo volta em dobro nas estradas” com o subtítulo “média foi de 13 mortes por dia”; e, no jornal “Estado de Minas”, constou: “Estradas Matam 65 no feriadão em Minas”.

Não obstante, insiste-se em atribuir a uma suposta benignidade das leis a causa dos crescentes índices da criminalidade na direção dos veículos. Ignora-se, ou não se leva em conta, a quantidade de veículos em circulação, o que determina, necessariamente, a maior probabilidade dos acidentes. A diminuta fiscalização nas estradas também concorre para a prática das infrações e suas trágicas consequências. Contudo, do ponto de vista técnico nada justifica os membros do Ministério Público continuarem fazendo a mágica de denunciar e os magistrados a de submeter ao julgamento de jurados um crime culposos como se fosse crime doloso.

Daí, a necessidade de uma definição legal do dolo eventual, que torne mais nítida a diferença entre o crime culposos e o crime com dolo eventual. Nesse, o condutor do veículo prevê a possibilidade do acidente, como consequência de seu modo de dirigir, e não muda sua

conduta, porque não tem interesse em evitar o dano e lhe dá causa. No crime culposo, ao contrário, o condutor do veículo prevê a possibilidade de causar acidente, como consequência de seu modo de dirigir, mas, muda aquele modo procurando evitar o resultado danoso, porém, não o consegue. e acaba dando-lhe causa. As duas condutas não são iguais e não podem ser puníveis sem distinção. Muitas pessoas supõem que essas distinções são meras filigranas doutrinárias exploradas como recursos de defesa por advogados, mas, na verdade, são erros técnicos e constituem enorme injustiça.

