

REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

55/56

JANEIRO/DEZEMBRO 2001

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
Governador do Estado

ROSALI DE PAULA LIMA
Procuradora Geral do Estado

SYLVIA MARIA MONLEVADE CALMON DE BRITTO
Procuradora do Estado
Chefe do Centro de Estudos

ISSN 0102-8065



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

**REVISTA DA
PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**



CENTRO DE ESTUDOS

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Álvares Machado, 18 - Liberdade

01501-030 - São Paulo - SP - Brasil

Telefone: (011) 3107-8451 - Fax: (011) 3105-6253

Home page: www.pge.sp.gov.br

Email: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Sylvia Maria Monlevade Calmon de Britto.

Assessoria: André Brawerman, Maria Aparecida Medina Fecchio e Raquel Freitas de Souza.

Comissão Editorial (*até agosto de 2001*): Sylvia Maria Monlevade Calmon de Britto (Presidente), Alexandre Filardi, Altieri Pinto Rios Júnior, Beatriz Corrêa Netto Cavalcanti, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Flávia Cristina Piovesan, José Damião de Lima Trindade, Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Nuhad Said Oliver, Olavo José Justo Pezzotti e Raquel Freitas de Souza.

Comissão Editorial (*atual*): Ângela Maria Teixeira Leite Pacheco di Francesco, Heloísa Pereira de Almeida Martins, Levi de Mello, Marcelo José Magalhães Bonício, Margarida Maria Pereira Soares, Maria Luísa de Oliveira, Mercedes Cristina Rodrigues Vera, Raquel Freitas de Souza, Sandra Inês Rolim Levy de Oliveira, Sylvia Maria Monlevade Calmon de Britto e Thaís Teizen.

Revista: Raquel Freitas de Souza (Coordenação Editorial) e Vilma Cardoso (Distribuição).

A Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é publicada com frequência semestral, sendo o semestre indicado pelo seu último mês; circula no semestre seguinte ao de referência. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Pede-se permuta.

Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores; se aprovados por superiores hierárquicos, representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

Tiragem: 2.250 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971 -

(Semestral)

1971 - 2001 (1-56)

1998 (n. especial)

CDD - 340.05

CDU - 34 (05)

Produção Gráfica e Fotolitos: Quality Planejamento Visual Ltda. - Tel.: 4330-4985

Impressão: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP - Tel.: 6099-9575

Arte da Capa: Fabio Lyrio - Tel.: 5044-7679

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Rosali de Paula Lima 11

CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Álvaro Lazzarini 13

RELATIVIZAR A COISA JULGADA MATERIAL

Cândido Rangel Dinamarco 31

ASPECTOS BÁSICOS DO SISTEMA DE INVALIDADE

Marcelo José Magalhães Bonicio 79

A EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO: AÇÕES EM QUE É ADMITIDA E OS EFEITOS DO ACOLHIMENTO

Jefferson Carús Guedes 107

MEDIDA LIMINAR EM TUTELA ANTECIPATÓRIA

Reis Friede 137

O ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/2000

Sérgio A. Nigro Conceição 157

AGÊNCIAS REGULADORAS

Alexandre de Moraes 167

JURISDIÇÃO DE CONTROLE DO PROCESSO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Derly Barreto e Silva Filho 199

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA: UMA NOVA CONCEPÇÃO INTRODUZIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Valerio Oliveira Mazzuoli 239

O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Regina Beatriz Tavares da Silva 307

CONDOMÍNIO FECHADO – ASPECTOS LEGAIS

André Brawerman 337

AS DESPESAS DAS DILIGÊNCIAS DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA NAS EXECUÇÕES FISCAIS DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO: A SÚMULA N. 190 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E A ATUAL POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Rui Carlos Machado Alvim 355

E POR QUE NÃO A JUSTIÇA?

Pedro Lenza 403

APRESENTAÇÃO

Nesta edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado transparece, mais uma vez, a angústia de quantos se dedicam ao estudo dos Direitos Humanos, o que explica a abordagem feita por mais de um colaborador, preocupados com a real extensão do conceito de cidadania e com a “crise que envolve o discurso jurídico” sobre o tema.

Como valioso aval do esforço desenvolvido pela Procuradoria Geral do Estado e por seus Procuradores em defesa dos interesses do Estado de São Paulo, especialmente com relação às vultosas e indevidas indenizações em processos por desapropriação, surge precioso trabalho sobre a relatividade da coisa julgada, indicando o autor remédios adequados à sua infringência.

Na área do direito civil adjetivo, os autores trilham desde os caminhos processuais de cabimento da exceção de usucapião até a medida liminar em tutela antecipada, penetrando nos aspectos básicos do sistema de invalidade dos atos e invadindo a questão da cobrança de diligências dos Oficiais de Justiça nas execuções fiscais da Fazenda Pública.

Extremamente importantes, por outro lado, os estudos em torno do Direito Civil substantivo.

Em trabalho versando o projeto de Código Civil e o Direito de Família, a autora analisa as falhas da legislação vigente e do próprio projeto, sugerindo ajustes na fase de vacância do diploma legal aprovado.

Apreciando os aspectos legais do loteamento fechado, o autor aponta a erronia da denominação que se lhe dá e, partindo do “parece que é mas não é”, traça as diferenças entre incorporação e loteamento, concluindo tratar-se, na segunda hipótese, de parcelamento do solo urbano, que está a merecer a adição de outras obrigações contratuais.

Os temas constitucionais, que sempre aguçam os espíritos dos estudiosos do assunto, mereceram a atenção dos colaboradores, seja

debruçando-se sobre as reformas da Carta Magna, seja pesquisando os rumos dos órgãos por ela criados, de descentralização da Administração Direta, em que o autor assinala as diferenças entre as Agências Reguladoras nos Estados Unidos e na Europa, cujo modelo foi seguido no Brasil.

A eles acrescentam-se, ainda, oportunas considerações sobre a Emenda Constitucional n. 30, de 13.9.2000, sua constitucionalidade e a posição do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo diante da pendência de julgamento, na Suprema Corte, de ação direta de inconstitucionalidade, já ajuizada.

Encerra esta adição um ensaio de natureza filosófica, em que o autor revela sua inquietação diante do justo e do injusto, invocando exemplos da experiência vivida no Juizado Especial de Conciliação.

O Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado sente-se recompensado pela oportunidade de oferecer aos leitores da Revista da Procuradoria Geral do Estado esta coletânea de relevantes estudos e pesquisas, na certeza de que deles se extrairá bom proveito.

ROSALI DE PAULA LIMA
Procuradora Geral do Estado de São Paulo

CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS*

Álvaro Lazzarini **

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 Cidadania; 3 Direitos humanos fundamentais; 3.1 Direitos humanos das vítimas; 4 O Poder Judiciário como instrumento de defesa da cidadania e dos direitos humanos fundamentais; 5 Conclusão.

* Roteiro sobre o tema em versão inicial para palestra de abertura do “Curso de Direitos Humanos”, organizado pela Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, no Auditório do Gabinete Unificado dos Desembargadores, em 16.10.2000. Versão aumentada e atualizada em 28.9.2001.

** Desembargador, 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Administrativo. Sócio-colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação dos Constitucionalistas da Universidade de São Paulo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na Encíclica *Divini Redemptoris* – escrevi anteriormente¹ –, Pio XI assentou que: “A sociedade fez-se para o homem e não o homem para a sociedade”. Em outras palavras, como observou Monsenhor Guerry², Arcebispo de Cambrai, “segundo a doutrina social da Igreja, a sociedade está ao serviço da pessoa humana para respeitar a sua dignidade, permitir-lhe atingir o seu fim e conseguir o seu completo desenvolvimento humano”, salientando, em seguida, que a máxima de Pio XI é audaciosa, mas ela “não quer dizer que a sociedade se encontre subordinada à utilidade egoística do indivíduo, quer antes dizer, porém, que o homem é um ser social por natureza e só em sociedade pode aperfeiçoar as suas faculdades, graças à proteção que esta diligencia para a sua vida física, intelectual, moral, familiar e social”. “Por outras palavras – continuou Monsenhor Guerry –, o homem é uma pessoa humana que realizará a sua plena autonomia na sua união com os outros e na sua colaboração com os restantes membros da sociedade”. O homem tem a sua dignidade, porque, antes de tudo foi criado à imagem e semelhança de Deus, como salientado na Bíblia, na passagem da Criação (Gênesis, I, 27). Daí por que Pio XI disse ser o homem responsável pelos seus atos e destino, capaz de governar-se por si mesmo, encontrando aí a sua mais alta dignidade³. Porém – como registrei –, ao que se verifica e o aponta Monsenhor Guerry: “o homem moderno pretende abster-se de Deus. Repudia o princípio divino da sua dignidade. Para ele, o valor supremo já não é Deus, mas o homem. O resultado é o ‘drama do humanismo ateu’, cuja história foi escrita em trechos expressivos. Estamos atualmente preocupados em verificar experimentalmente, que, onde não existe Deus, não existe homem também (...)”. “De fato – insistiu Monsenhor Guerry⁴ –, já não há homem porque já não há nada que

1. Alvaro Lazzarini, *Estudos de direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181-182.

2. Monsenhor Guerry, *A doutrina social da igreja*, Lisboa: Sampedro, p. 55-56.

3. Pio XII, apud Monsenhor Guerry, ob. cit., p. 57.

4. Monsenhor Guerry, ob. cit., p. 59.

seja superior ao homem”. Mas – e assim ponderei –, é do homem em sociedade que devemos tratar. Pio XII já dissera que, para os homens, é “exigência legítima o serem considerados e tratados, não como objetos mas como sujeitos da vida social, especialmente no Estado e na economia nacional”.⁵

2 CIDADANIA

Adverte Milena Petters Melo⁶ que “A cidadania tem sido um dos temas mais frequentes da retórica política e do discurso das ciências sociais no Brasil. A ampliação do debate, no entanto, não trouxe univocidade ao termo. Contrariamente, quanto mais se fala em cidadania, tanto maior torna-se a ambigüidade da expressão. Já advertia Hegel, ‘a maneira mais comum de iludir-se a si mesmo e de *iludir os outros* consiste em supor no conhecer algo já conhecido e deixá-lo como tal’. A reflexão com vistas a uma nova *praxis* pressupõe a elucidação dos conceitos abarcados pelo conceito de cidadania, por isso, para que não se torne este conceito como de todo conhecido e a sua discussão como pronta e pacífica, é que se passa ao seu enfrentamento”.

Temos, assim, de lembrar que o homem em sociedade deve ser considerado um *cidadão*, ou seja, na lição de Juan Blasco Quintana⁷, aquele que “é o natural ou morador de uma cidade, o habitante das cidades antigas ou Estados modernos, que é sujeito de direitos políticos e que ao exercê-los intervém no governo do país. O fato de ser cidadão propicia a cidadania, que é a condição jurídica que podem ostentar as pessoas físicas e morais, e que por expressar o vínculo entre o Estado e seus membros implica de um lado, submissão à autoridade, e de outro, o exercício de

5. Pio XII, apud Monsenhor Guerry, ob. cit., 76

6. Milena Petters Melo et alii, Cidadania: subsídios teóricos para uma nova praxis, in Reinaldo Pereira e Silva (Org.), *Direitos humanos como educação para a justiça*, São Paulo: LTr, 1998, p. 77 e ss.

7. Juan Blasco Quintana, Cidadão, in Benedicto Silva (Coord.), *Dicionário de ciências sociais*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 177.

direito. O cidadão é membro ativo de uma sociedade política independente. A cidadania se diferencia da nacionalidade porque esta supõe a mera qualidade de pertencer a uma nação, enquanto que o conceito de cidadania pressupõe a condição de ser membro ativo do Estado para tomar parte em suas funções. A nacionalidade é um fato natural e a cidadania obedece a uma espécie de contrato. (...) A cidadania é portanto uma qualidade e um direito do cidadão que, como tal, possui a condição jurídica que ostentam as pessoas individuais ou coletivas com relação ao Estado a que pertencem, e que importa em submissão à autoridade e às leis vigentes e no livre exercício de certos direitos. Os meios de adquirir a cidadania variam de país a país e exigem requisitos diversos, de acordo com as legislações nacionais”. “Hoje – prossegue Juan Blasco Quintana – os autores discutem se o estudo do cidadão como tal é problema de direito público ou privado. Não há dúvida de que as instituições que têm caráter marcadamente público transcendem também a ordem particular; e ao contrário, qualquer questão que se realize no âmbito do direito privado acaba repercutindo na ordem geral e social; donde a dificuldade de se separar claramente as duas ordens”. “A condição de cidadão – conclui Juan Blasco Quintana – confere portanto ao indivíduo um *status* particular no sistema sócio-político”.

A cidadania pode ser, assim, definida “como o estatuto oriundo do relacionamento existente entre uma pessoa natural e uma sociedade política, conhecida como o Estado, pelo qual a pessoa deve a este obediência e a sociedade lhe deve proteção”. Essa a lição de Óscar Svarlien⁸ que, em seguida, acrescenta que “cidadania não deve ser confundida com domicílio, nem cidadão com habitante. O indivíduo pode ser cidadão de um Estado sem ser habitante do mesmo, ou pode ser habitante sem ser cidadão”, embora “ em ciência política e em sociologia, o termo cidadania é usado num sentido um pouco mais amplo”.

Bem por isso, cuidando do estado atual da questão do direito dos cidadãos aos serviços públicos, por exemplo, Eduardo Garcia de Enterria e Tomás-Ramón Fernandez⁹ ensinam que: “Em uma primeira aproximação ao

8. Oscar Svarlien, Cidadania, in Benedicto Silva (Coord.), *Dicionário de ciências sociais*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 177.

tema, cujo escasso tratamento na doutrina tradicional já em si mesmo suficientemente expressivo, é fácil constatar que todo ele aparece dominado por umas idéias prévias em extremo, simples”. “Como já vimos – continuam os festejados mestres espanhóis –, os textos constitucionais não são parcos em declarações relativas a prestações administrativas aos cidadãos, porém tais declarações costumam carecer da precisão necessária para servir de base para um compromisso efetivo, possibilitando uma atitude de exigência do cidadão frente à Administração. No plano constitucional (...) não se definem, pois, nem obrigações propriamente tais dos entes públicos, nem direitos subjetivos do cidadão com relação a tais prestações, senão ‘determinações de fins do Estado’, próprias do Estado Social de Direito”.

Lavrando uma teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰, ilustre professor de Minas Gerais, salientou que: “A *concepção moderna de cidadania* tem provocado diversos estudos que procuram examinar atualmente o seu conteúdo. Este entendimento está ligado às diversas formas de participação política e também à própria Administração Pública. Constituições como a da Espanha e da Itália têm se dedicado às instituições participativas. As teorias constitucionais clássicas, ao lado da *teoria jusadministrativista*, têm sido examinadas frente às mudanças sociais e institucionais dos tempos de hoje. O controle da atividade administrativa pelo cidadão pode operar-se por diversos instrumentos públicos, que percorrem várias instâncias decisórias”.

No Brasil, digo eu, por exemplo, há preocupação da defesa da cidadania quando, cuidando dos usuários de serviços públicos, o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal n. 8.078, de 11.9.1990, no seu artigo 22, *caput* e seu parágrafo único, respectivamente, estabeleceu que: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer

9. Eduardo García de Enterría; Tomás-Ramón Fernández, *Curso de direito administrativo*, trad. de Arnaldo Setti; Almudena Marín López ; Elaine Alves Rodrigues, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 789 e ss.

10. José Alfredo de Oliveira Baracho, Teoria dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública, *RBEP*, Belo Horizonte, Separata do n. 85, p. 7, 1997.

forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, certo que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”¹¹. Devemos, bem por isso, reconhecer um direito público subjetivo do cidadão aos serviços públicos, mesmo porque, numa sociedade livre, há de estar garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos, de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça e não perturbe o exercício dos direitos alheios.

A busca do bem comum, tenho presente, é missão primordial do Estado e de ninguém mais do que o Estado, porque, para tal mister ele se constituiu, a fim de, através de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, possa cumprir a sua precípua missão de tudo fazer para convergir à realização dos ideais do bem comum, na plena realização da cidadania.

Daí poder ser afirmado que a segurança das pessoas e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana, como decorre do artigo 12 da bicentenária Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como ainda da verdadeira “cláusula pétrea” contida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que impõe a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nas condições que explicita nos seus incisos, que cuidam “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

A democracia – afirma José Alfredo de Oliveira Baracho¹² – “implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e

11. Sobre “Serviços públicos nas relações de consumo”, conferir nossa monografia publicada na Revista *A Força Policial*, órgão de informação da Polícia Militar do Estado de São Paulo, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, n. 18, p. 5-14, abr./maio/jun. 1998.

nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global. O direito constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e conseqüências. A completa proteção da cidadania depende de práticas institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições.”

Observo, contudo, com Vera Regina Pereira de Andrade¹³: “Na perspectiva em que se insere, o saber jurídico tem esgotada sua operacionalidade e possibilidades de eficácia no encaminhamento da problemática da cidadania e de suas formas emergentes de positivação; ou seja, torna-se impotente para operar uma efetiva função social, capaz de contribuir no repensar da cidadania e de suas passagens potenciais do instituinte ou do instituído. Dessa forma, no contexto estrutural de crise, por que passa também a cultura jurídica dominante, o discurso jurídico da cidadania é um discurso em crise: ‘A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste interregno, surge uma grande variedade de sintomas mórbidos’. (...) Parece então fundamental reivindicar simultaneamente uma nova diretriz científica e política para o saber jurídico através da constituição de uma nova teoria jurídica que, suplantando o nível puramente teórico, articule teoria e práxis (conhecimento e realidade), mediante uma postura dialética sobre o Direito, a partir de seu próprio interior: as relações de força na sociedade. No mesmo movimento, parece ser fundamental promover-se o diálogo do saber jurídico com os demais saberes, de forma a superar a clausura monológica a que o condenam o positivismo e o liberalismo. Uma teoria crítica das relações sociais, que promova a articulação das complexas relações teoria/práxis, parece ser uma

12. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria geral da cidadania*, São Paulo: Saraiva, p. 63.

13. Vera Regina Pereira de Andrade, *Cidadania: do direito aos direitos humanos*, São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 136.

possibilidade de superação das construções dogmáticas, mantenedoras do *status* que é um caminho para a construção de um saber jurídico comprometido com a transformação democrática da sociedade e o encaminhamento de efetivas soluções para os problemas nacionais dentre os quais a cidadania ocupa destacado lugar”.

Falar, portanto, em cidadania, como sustenta Milena Petters Melo¹⁴, “é reafirmar o direito pela plena realização do indivíduo, do cidadão, dos entes coletivos e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade. Os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se: a cidadania não é constatável sem a realização dos direitos humanos, da mesma forma que os direitos humanos não se concretizam sem o exercício da democracia”, razão de poder-se “afirmar, portanto, que a realização plena dos direitos de cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados. No âmbito do direito constitucional positivo, a cidadania, em sua forma integral, pressupõe o exercício de todos os direitos fundamentais e garantias que caracterizam o Estado Democrático de Direito”, observado que a expressão “direitos fundamentais”, no seu estudo em exame, “é utilizada para designar os *direitos humanos positivados*, institucionalizados, que encontraram reconhecimento no direito positivo dos Estados”.

3 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Locução desgastada pelo seu mau uso¹⁵, com fins político-ideológicos, normalmente associados à proteção de marginais em detrimento à proteção das suas vítimas e dos encarregados da aplicação da lei, os denominados “direitos humanos”, ao contrário, têm significado que transcende a tudo isso, sendo oportuno, desde logo, trazer à colação a posição de Alexandre de Moraes¹⁶, no sentido de que: “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade,

14. Milena Petters Melo et alii, *Cidadania: subsídios teóricos para uma nova praxis*, cit., p. 79-81.

15. Os marginais, por exemplo, dizem que os “direitos humanos” são os “*direitos dos manos*”, ou seja, da marginalidade. O povo ordeiro tem dado também tal conotação, quando critica os

por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais”.

Em outras palavras, conforme noção dada pelo “Programa Estadual de Direitos Humanos”¹⁷, do Governo do Estado de São Paulo, “direitos humanos são os *direitos fundamentais* da pessoa humana”.

Pecam, portanto, os que, confundindo-se, entendem que a locução “direitos humanos” é sinônimo de *proteção da marginalidade em detrimento das vítimas*, porque, “no regime democrático, toda pessoa deve ter a sua dignidade respeitada e a sua integridade protegida, independentemente da origem, raça, etnia, gênero, idade, condição econômica e social, orientação ou identidade sexual, credo religioso ou convicção política”, pois, “toda pessoa deve ter garantidos seus *direitos civis* (como o direito à vida, segurança, justiça, liberdade e igualdade), *políticos* (como o direito à participação nas decisões políticas), *econômicos* (como o direito ao trabalho), *sociais* (como à educação, saúde e bem-estar), *culturais* (como o direito à participação na vida cultural) e *ambientais* (como o direito a um meio ambiente saudável)”.

Direitos humanos, assim, “são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, portadores de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e migrantes, refugiados, portadores de HIV, crianças e adolescentes, *policiais*, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados, e sua integridade física protegida e assegurada”, inclusive, com “*o direito de exigir o cumprimento da lei e, ainda, de ter acesso a um Judiciário e a um Ministério Público que, ciosos de sua importância para o Estado democrático, não descensem en-*

defensores dos “direitos humanos”, dizendo que eles só se preocupam com os bandidos, e não com as suas vítimas

16. Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais e democracia*, São Paulo: Atlas, 1997, p. 5, Coleção Temas Jurídicos, v. 3.

17. *Programa Estadual de Direitos Humanos*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997, p. 5.

quanto graves violações de direitos humanos estejam impunes, e seus responsáveis soltos e sem punição, como se estivessem acima das normas legais”, tudo conforme sustenta o “Programa Nacional de Direitos Humanos”.¹⁸

Mas, continuando com os *direitos humanos fundamentais*, trago à colação Christophe Swinarski¹⁹, quando lembra que “os direitos humanos, como se sabe, como ramo autônomo do Direito Internacional Público com seus próprios instrumentos, seus próprios órgãos e seus próprios procedimentos de aplicação, nasceram na normativa internacional a partir da Carta das Nações Unidas de 1945. O seu primeiro catálogo metódico é enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948”, havendo, porém, um diferencial entre o que se denomina de “direitos humanos” e o que se denomina de “Direito Internacional Humanitário”, porque, “o Direito Internacional Humanitário é um direito de exceção, de urgência, que intervém em caso de ruptura da ordem jurídica internacional (e quando interno no caso do conflito não-internacional), enquanto os direitos humanos – embora alguns deles sejam inderrogáveis em qualquer circunstância – aplicam-se, principalmente, em tempos de paz”. O citado autor, aliás, já tinha anotado que “na primeira época da coexistência do ‘novo’ Direito dos Direitos Humanos com o ‘velho’ Direito Humanitário encontram-se algumas controvérsias sobre a localização respectiva de ambos os ramos no Direito Internacional, assim como sobre suas inter-relações. Os direitos humanos aparecem como o sistema representativo, por excelência, das novas idéias da comunidade internacional e como um conceito jurídico que deveria fundamentar a possibilidade de conseguir os outros objetivos da Carta, entendida como sistema universal da segurança coletiva e da paz”.

Há também, um “Direito Internacional dos Direitos Humanos” que, conforme o Comitê Internacional da Cruz Vermelha²⁰, “pode ser dividido,

18. Presidente Fernando Henrique Cardoso, *Programa Nacional de Direitos Humanos*, Brasília: Imprensa Nacional, 1996, p. 7.

19. Christophe Swinarski, *Direito internacional humanitário*, São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da USP/Revista dos Tribunais, 1990, p. 87 e ss.

para os objetivos do presente manual, em instrumentos com força legal (por exemplo, direito dos tratados) e instrumentos sem força legal (diretrizes, princípios, códigos de conduta etc.)”. E, em “Pontos de Destaque do Capítulo”, registrou-se que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário têm importância direta para a prática de aplicação da lei”, sendo que “as práticas de aplicação da lei devem ser vistas como práticas do Estado, estando, dessa forma, de total acordo com as obrigações de um Estado perante o Direito Internacional”, ressaltando-se que “a promoção e a proteção das liberdades e direitos humanos são da responsabilidade tanto coletiva quanto individual no que diz respeito à aplicação da lei”.

Lembre-se, a propósito, que o *Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) organização imparcial, neutra e independente, possui a missão exclusivamente humanitária de proteger a vida e a dignidade das vítimas da guerra e da violência interna, assim como prestar-lhes assistência, ou, em outras palavras, não está engajado em facções político-ideológicas que deturparam o significado da locução “direitos humanos”*.

Há e deve haver, ao certo, uma relatividade dos direitos humanos, observando Alexandre de Moraes²¹, com apoio na própria “Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas”, artigo 28, que “os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites aos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias

20. COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, *Para Servir e Proteger - Direitos humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança*, Capítulo 4 - Aplicação da Lei nos Estados Democráticos, Manual, p. 6

21. Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais e democracia*, cit., p. 46.

fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua^s”.

3.1 Direitos humanos das vítimas

Reconheço, porém, que, conforme atesta o Comitê Internacional da Cruz Vermelha²², “considerando os inúmeros instrumentos que estipulam os direitos e a situação dos suspeitos e acusados, o fato de que haja somente um instrumento protegendo as vítimas da criminalidade e do abuso de poder nos oferece uma visão desconcertante das prioridades em questão. Não parece justo que seus direitos e situação sejam protegidos tão precariamente quando comparados aos níveis de proteção oferecidos aos infratores. A proteção às vítimas do crime é muito limitada, quando comparada ao número de instrumentos destinados à proteção dos direitos dos suspeitos e pessoas acusadas nas áreas de captura, detenção, prevenção e detecção do crime. (...) Somente uns poucos dispositivos de tratados criam obrigações aos Estados-partes com respeito aos tratamento das vítimas do crime e do abuso do poder”, sustentando, no entanto, que os encarregados da aplicação da lei (leia-se, os agentes policiais) devem ser “convencidos de que o bem-estar das vítimas deveria ser da mais alta prioridade. Não se pode desfazer o crime cometido, porém, o auxílio e a assistência adequados fazem com que as conseqüências negativas do crime para com as vítimas sejam definitivamente limitadas”.

Deve ser enaltecido que, desde julho de 1998, no Estado de São Paulo, a sua Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania mantém um

22. COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, ob. cit., Capítulo 13, p. 2 e 5.

“Centro de Referência e Apoio à Vítima – CRAVI”, que “é um instrumento de fundamental importância para a proteção dos direitos humanos”, porque “o Programa Estadual de Direitos Humanos, ao detalhar os direitos civis e políticos, dedica um capítulo especial a diversas ações que visam garantir o acesso à justiça e a luta contra a impunidade”, estando dentre essas “as ações que justificam a existência do CRAVI”, em especial a criação do “programa de assistência aos herdeiros e dependentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos, nos termos do artigo 245 da Constituição Federal (ação 108)”, tudo como consta do seu *folder* e como me foi possível verificar, pessoalmente, em visita às suas instalações, na Rua Barra Funda, 1.032, em São Paulo – Capital, em 27.9.2001.

4 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA CIDADANIA E DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Recordemos o que anteriormente transcrevemos: “Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados, e sua integridade física protegida e assegurada”, inclusive com “*o direito de exigir o cumprimento da lei e, ainda, de ter acesso a um Judiciário e a um Ministério Público que, ciosos de sua importância para o Estado democrático, não descansam enquanto graves violações de direitos humanos estejam impunes, e seus responsáveis soltos e sem punição, como se estivessem acima das normas legais*”, tudo conforme sustenta o “Programa Nacional de Direitos Humanos”.²³

A propósito, cuidando do “Direito, Cidadania e Justiça”, Oscar Vilhena Vieira²⁴ sustenta que “para que os indivíduos possam efetivamente fruir esses direitos, é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica voltada a limitar o seu poder. A regra fundamental desse modelo de Estado é a separação de poderes, sendo garantido aos indivíduos a possibilidade de recorrerem a um Poder Judiciário todas as vezes que se virem ameaçados em seus direitos. Toda ordem estatal, todas as suas autoridades e decisões, inclusive as legais, devem estar submetidas a esses

direitos, Nesse sentido, a idéia de Estado de Direito se torna um elemento essencial à consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. A democracia exige essa normalidade, pois fora dela não há como se falar em garantia de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema for colocado em xeque a democracia estará em risco”.

Na estrutura do Estado brasileiro, como é cediço, cabe, em especial ao Poder Judiciário, a garantia da cidadania e dos direitos humanos, lembrando Alexandre de Moraes²⁵ que “a Constituição Federal reconhece em situações excepcionais e gravíssimas a possibilidade de *restrição ou supressão temporária* de direitos e garantias fundamentais, prevendo-se sempre, porém, responsabilização do agente público em caso de utilização dessas medidas de forma injustificada e arbitrária”.

O agente público, em especial aquele a que se incumbiu a aplicação da lei (entenda-se o agente de polícia), assim, há de ser responsabilizado perante um poder autônomo e independente, evitando-se, desse modo, ser ele também julgado precipitadamente, no fragor dos acontecimentos, num verdadeiro linchamento, que violará, ao certo, também, os seus direitos humanos, cidadão que também é.

Todos sabemos, e Alexandre de Moraes²⁶, citando diversos autores, afirma que “o Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte (*Manual del derecho político*. Buenos Aires: Bibliográfico Argentino, (s.d.), p. 212), sua função não consiste somente em administrar a

23. Presidente Fernando Henrique Cardoso, *Programa Nacional de Direitos Humanos*, cit., p. 7.

24. Oscar Vilhena Vieira, A violação dos direitos humanos como limite à consolidação do estado de direito no Brasil, in Beatriz Di Giorgi et alii, *Ensaio sobre “Direito, Cidadania e Justiça”*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 191.

25. Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais e democracia*, cit., p. 47.

justiça, pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro *guardião da Constituição*, com a finalidade de preservar os direitos humanos fundamentais e, mais especificadamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado de Direito Democrático sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, ‘a chave do Poder Judiciário se acha no conceito de *independência*’ (*Poder Judiciário*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 87). Bandrés afirma que a independência judicial constitui um *direito fundamental dos cidadãos*, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial (*Poder Judicial y Constitución*. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1987. p. 12). (...) Dessa forma competirá ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV)”.

5 CONCLUSÃO

Podemos, a partir dos fundamentos doutrinários retro elencados, concluir que:

5.1 - A dignidade humana decorre do preceito bíblico de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. O homem, porém, tem violado o princípio divino de sua dignidade. Para ele, o valor supremo não é mais Deus e sim o próprio homem.

5.1.1 - Mas, de qualquer modo, a sociedade fez-se para o homem e não o homem para a sociedade, o que, no entanto, não quer dizer que a sociedade

26. Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais e democracia*, cit., p. 51-52.

se encontra subordinada à atividade egoística do homem, pois este há de colaborar com os demais homens da sociedade em que vive.

5.2 - O homem é o cidadão que vive em uma determinada sociedade. O fato de ser cidadão propicia a cidadania. Essa é a condição jurídica que podem ostentar as pessoas físicas e morais, e que por expressar o vínculo entre o Estado e seus membros implica, de um lado, submissão à autoridade, e de outro, o exercício de direito. O cidadão é membro ativo de uma sociedade política independente.

5.2.1 - Pode-se afirmar que a realização plena dos direitos de cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados.

5.3 - Tais direitos humanos, nacional e internacional assegurados, são direitos humanos fundamentais, como tal considerados os positivados, isto é, institucionalizados por um Estado.

5.3.1 - É válida a posição de Alexandre de Moraes, no sentido de que “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais”.

5.3.2 - Os “direitos humanos”, atualmente, não se confundem com o “Direito Internacional Humanitário”. Há, realmente, um diferencial entre o que se denomina de “direitos humanos” e o que se denomina de “Direito Internacional Humanitário”, porque o “Direito Internacional Humanitário” intervém em caso de violação da ordem jurídica internacional ou na hipótese de conflito interno não-internacional; os “direitos humanos”, por sua vez, aplicam-se, principalmente, em tempos de paz.

6 - O Poder Judiciário é um dos principais, senão o principal, instrumentos de defesa da cidadania e dos direitos humanos fundamentais contra os desmandos do Estado.

6.1 - Daí porque, em tempos que procuram desacreditá-lo, minimizando as suas prerrogativas e de seus juízes, urge que as forças vivas da cidadania, assim também ameaçada, se unam em defesa do Poder Judiciário e, portanto, dos direitos humanos fundamentais dos cidadãos.

RELATIVIZAR A COISA JULGADA MATERIAL

Cândido Rangel Dinamarco*

Sumário: 1 A Coisa Julgada entre as outras Garantias Constitucionais – Premissas; 1.1 Minhas premissas; 1.2 Coisa julgada material, coisa julgada formal e preclusão; 1.3 A coisa julgada material no processo civil de resultados; 1.4 A proposta do Ministro José Augusto Delgado; 1.5 O Supremo Tribunal Federal e a garantia do justo valor; 1.6 De Pontes de Miranda a Humberto Theodoro Júnior; 1.7 Eduardo Couture; 1.8 Juan Carlos Hitters; 1.9 Hugo Nigro Mazzilli e as lições que invoca; 1.10 Direito norte-americano; 1.11 Um caso examinado pela Professora Ada Pellegrini Grinover; 1.12 Não levar longe demais a autoridade da coisa julgada; 2 Proposta de Sistematização; 2.1 A coisa julgada material na garantia constitucional, na disciplina legal e no sistema; 2.2 Método indutivo; 2.3 Coisa julgada, efeitos da sentença e impossibilidades jurídicas; 2.4 Impossibilidade jurídica e convivência entre princípios e garantias; 2.5 Justo preço e moralidade: valores constitucionais relevantes; 2.6 Sentenças juridicamente impossíveis – a favor ou contra o Estado; 2.7 A dimensão da conclusão proposta 2.8 Remédios processuais adequados; 2.9 Ação rescisória; 2.10 Minhas preocupações.

* Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Integrou a Comissão de Revisão dos Códigos, do Ministério da Justiça.

1 A COISA JULGADA ENTRE AS OUTRAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – PREMISSAS

1.1 Minhas premissas

Escrevi em sede doutrinária que “sem ser um efeito da sentença, mas especial qualidade que imuniza os efeitos substanciais desta a bem da estabilidade da tutela jurisdicional, “*a coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença*”¹. Sendo um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não não mais sujeita a recurso. A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir *segurança* às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.

Venho também pondo em destaque a necessidade de equilibrar adequadamente, no sistema do processo, as exigências conflitantes da *celeridade*, que favorece a certeza das relações jurídicas, e da *ponderação*, destinada à produção de resultados justos. O processo civil deve ser realizado no menor tempo possível, para definir logo as relações existentes entre os litigantes e assim cumprir sua missão pacificadora; mas em sua realização ele deve também oferecer às partes meios adequados e eficientes para a busca de resultados favoráveis, segundo o direito e a justiça, além de exigir do juiz o integral e empenhado conhecimento dos elementos da causa, sem o que não poderá fazer justiça nem julgará bem. A síntese desse indispensável equilíbrio entre exigências conflitantes é: *o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça*

1. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, n. 1, p. 14. *Sentença* é, por definição legal, o “*ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*” (CPC, art. 162, § 1º). Estamos falando da sentença de mérito, que é a única suscetível de obter a autoridade da coisa julgada material.

dos resultados que ele produzirá. Favorecem o primeiro desses objetivos os prazos preclusivos impostos às partes, as preclusões de toda ordem e, de modo superior, a autoridade da coisa julgada material que incide sobre os efeitos da sentença a partir de quando nenhum recurso seja mais possível; são fatores ligados ao valor do justo o contraditório oferecido às partes e imposto ao juiz, as garantias constitucionais da igualdade, da ampla defesa, do devido processo legal, do juiz natural etc., assim como os recursos e a ação rescisória, mediante os quais o vencido procura afastar decisões que o desfavorecem e o Poder Judiciário tem a oportunidade de aprimorar seu produto.²

A partir dessas idéias, em uma obra ainda inédita proponho a *interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil*, dizendo que “*nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa).* Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil”, com a consciência de que “*os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual*”.³

Digo ainda: “não fora essa seguríssima premissa metodológica, haveria grande dificuldade para a justificação sistemática das medidas urgentes, concedidas *inaudita altera parte* e portanto não preparadas segundo um contraditório entre as partes. Mas o próprio valor democrático do contraditório, que não é fim em si mesmo mas um dos meios de construção do processo justo e equo, há de ceder ante as exigências substanciais de

2. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 32, p. 229 ss. O que ali digo tem assento em sábias e notórias lições dos prestigiosos Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti, que cito.

3. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 96.

promover o acesso à justiça, em vez de figurar como empecilho à efetividade desta”.

Tais são as premissas que proponho, como ponto de início e de apoio para os raciocínios a desenvolver no presente estudo sobre a relativização da garantia constitucional da coisa julgada no momento presente. Venho dizer, em síntese: a) que essa garantia não pode ir além dos efeitos a serem imunizados e b) que ela deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil.

1.2 Coisa julgada material, coisa julgada formal e preclusão

Como é notório e já foi dito, um dos valores buscados pela ordem jurídico-processual é o da *segurança nas relações jurídicas*, que constitui poderoso fator de paz na sociedade e felicidade pessoal de cada um. A tomada de uma decisão, com vitória de um dos litigantes e derrota do outro, é para ambos o fim e a negação das expectativas e incertezas que os envolviam e os mantinham em desconfortável estado de angústia. As decisões judiciais, uma vez tomadas, isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados e imunizam-se contra novas razões ou resistências que se pensasse em opor-lhes (Niklas Luhmann, Tércio Sampaio Ferraz Jr.)⁴, chegando a um ponto de firmeza que se qualifica como *estabilidade* e que varia de grau conforme o caso.

O mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela *coisa julgada*, que a doutrina mais conceituada define como *imutabilidade da sentença e de seus efeitos*, com a vigorosa negação de que ela seja mais um dos efeitos da sentença (Liebman).⁵ Não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e

4. Cf. apresentação da edição brasileira de Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 13.

5. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, § 1º, esp. p. 5.

pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes (sempre, Liebman).⁶

A coisa julgada material é a imutabilidade *dos efeitos substanciais* da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente⁷, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido (ainda Liebman).⁸ Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os *efeitos* que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações – e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 ss.).

Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está

6. Cf. *Efficacia ed autorità della sentenza*, n. 19, p. 44-45; *Manuale di diritto processuale civile*, v. 2, n. 395, esp. p. 422.

7. Neste último caso, sentença invariavelmente declaratória.

8. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 2, n. 394, esp. p. 420.

definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles. As normas e técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações – mas a função dessas normas e técnicas não vai além disso. Nesse sentido é que prestigioso doutrinador afirmou ser a coisa julgada material o *direito do vencedor a obter dos órgãos jurisdicionais a observância do que tiver sido julgado* (Hellwig).

Quando porém já não se pensa nos efeitos imunizados da sentença, mas na sentença em si mesma como ato jurídico do processo, sua imutabilidade é conceituada como *coisa julgada formal*. Em um momento, já não cabendo recurso algum, ela opera sua eficácia consistente em pôr fim à relação processual (art. 162, § 1º) e, a partir de então, nenhum outro juiz ou tribunal poderá introduzir naquele processo outro ato que substitua a sentença irrecorrível. Como é inerente à teoria dos recursos e está solenemente proclamado no artigo 512 do Código de Processo Civil, o julgamento proferido em um recurso cassa sempre a decisão recorrida e, quando não a anula, substitui-a desde logo ainda que lhe confirme o teor (improvemento – lição corrente em doutrina: Barbosa Moreira etc.).⁹ A coisa julgada formal existe quando já não for possível, pelas vias recursais, cassar a sentença proferida e muito menos substituí-la por outra. Ela incide sobre sentenças de qualquer natureza, seja de mérito ou terminativa, porque não diz respeito aos efeitos substanciais mas à própria sentença como ato do processo.

A distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que: a) a primeira é a imunidade dos *efeitos* da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.

9. Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, n. 222, p.

Assim conceituada, a coisa julgada formal é manifestação de um fenômeno processual de maior amplitude e variada intensidade, que é a *preclusão* – e daí ser ela tradicionalmente designada como *praclusio maxima*. Toda preclusão é extinção de uma faculdade ou poder no processo; e a coisa julgada formal, como preclusão qualificada que é, caracteriza-se como extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado. O sistema procedimental brasileiro é muito mais preclusivo que os europeus, o que é uma decorrência das *fases* em que a lei distribui os atos do procedimento, sem possibilidade de repetições ou retrocessos – e daí ser a *rigidez do procedimento* um dos mais destacados elementos caracterizadores do modelo processual infraconstitucional brasileiro.¹⁰

A coisa julgada material, a formal e as preclusões em geral incluem-se entre os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas. Escuso-me pelo tom didático com que expus certos conceitos elementares referentes a esses institutos; assim fiz, com a intenção de apresentar a base sistemática dos raciocínios que virão, onde perei em destaque e criticarei alguns tradicionais exageros responsáveis por uma exacerbação do valor da coisa julgada e das preclusões, a dano do indispensável equilíbrio com que devem ser tratadas as duas exigências contrastantes do processo. O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da *justiça das decisões judiciais*, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV).

1.3 A coisa julgada material no processo civil de resultados

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina

moderna alcandora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*.

Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Ministro José Delgado defende uma “*conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica*”, fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça-segurança. Do mesmo modo, também Humberto Theodoro Júnior postula esse equilíbrio, em parecer onde enfrenta o tema do erro material arredo à autoridade do julgado. E conhece-se também a posição assumida pelo procurador de justiça Hugo Nigro Mazzilli ao defender a “*necessidade de mitigar a coisa julgada*”. Esses e outros pensamentos, aos quais associo uma interessantíssima narrativa de Eduardo Couture e importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do direito norte-americano, abrem caminho para a tese relativizadora dos rigores da *auctoritas rei judicatae* e autorizam as reflexões que a seguir virão, todas elas apoiadas na idéia de que “levou-se muito longe a noção de *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer *de albo nigrum* e mudar *falsum in verum*” (Pontes de Miranda).

De minha parte, pus em destaque a necessidade de produzir resultados justos, quando há mais de dez anos disse: “em paralelismo com o bem-comum como síntese dos objetivos do Estado contemporâneo, figura o valor *justiça* como objetivo-síntese da jurisdição no plano social”. Essas palavras estão em minha tese acadêmica escrita no ano de 1986, incluídas em um capítulo denominado Justiça nas Decisões.¹¹ Em outro tópico da obra, disse também que “*eliminar conflitos mediante critérios justos*” é o mais nobre dos objetivos de todo sistema processual¹². São essas as premissas, de resto já referidas logo ao início, sobre as quais cuido de assentar a proposta

de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o naquele equilíbrio sistemático de que falo.

1.4 A proposta do Ministro José Augusto Delgado

Em voto proferido como relator na Primeira Turma do Col. Superior Tribunal de Justiça, o Ministro José Augusto Delgado declarou sua “*posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada*” e disse filiar-se “*a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado*”.

A Fazenda do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo por *desapropriação indireta* e, depois, feito acordo com os adversários para parcelamento do débito; pagas algumas parcelas, voltou a juízo com uma demanda que denominou *ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito*. Sua alegação era a de que houvera erro no julgamento da ação expropriatória, causado ou facilitado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado já pertencia a ele próprio e não aos autores. Apesar do trânsito em julgado e do acordo depois celebrado entre as partes, o Ministro José Delgado votou no sentido de restabelecer, em sede de recurso especial, a tutela antecipada que o MM. Juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e o Tribunal paulista, invocando a *auctoritas rei judicatæ*, veio a negar. A tese do Ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida.¹³

Essas idéias, há algum tempo já as vinha defendendo o ilustre

10. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 73, e II, n. 632-633.

11. Cf. *A instrumentalidade do processo*, que agora está na oitava edição e já foi citada acima, esp. n. 36.3, p. 293.

magistrado em conferências e já as defendera quando juiz de primeiro grau no Estado do Rio Grande do Norte. No primeiro semestre do ano de 2000, voltou a elas em uma exposição feita na cidade mineira de Poços de Caldas, quando reafirmou que a autoridade da coisa julgada está sempre condicionada aos *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada “*não é o tipo de segurança posto na Constituição Federal*”. Discorrendo didaticamente perante uma platéia composta na maioria por estudantes, o conferencista ilustrou seu pensamento com hipotéticos casos de sentenças impondo condenações ou deveres absurdos, como aquela que mandasse a mulher carregar o marido nas costas todos os dias, da casa ao trabalho; ou a que impusesse a alguém uma pena consistente em açoites por chicote em praça pública; ou a que, antes do advento das modernas técnicas biológicas (HLA, DNA), houvesse declarado uma paternidade irreal. “*Será que essa sentença, mesmo transitada em julgado, pode prevalecer?*”, indaga retoricamente, para depois responder apoiando-se em obra de Humberto Theodoro Júnior: “as sentenças abusivas não podem prevalecer a qualquer tempo e a qualquer modo, porque *a sentença abusiva não é sentença*”.

Somente discordo dessas últimas palavras, que no contexto devem realmente ter sido utilizadas somente como expediente retórico. Mesmo um ato juridicamente nulo existe na realidade dos fatos, sendo um *nada jurídico* mas não podendo ser um *nada histórico* (Calmon de Passos). A sentença juridicamente inexistente é *sentença* e, havendo decidido sobre o que constituía objeto do processo (mérito), ela é uma sentença de mérito. O que há de peculiar com essa sentença é que, como efeitos nela estabelecidos encontram barreiras intransponíveis para se efetivar, ela acaba não tendo força para impô-los.

1.5 O Supremo Tribunal Federal e a garantia do justo valor

12. *Ibidem*, n. 21, esp. p. 161.

Já em julgados da década dos anos *oitenta* proclamou o Col. Supremo Tribunal Federal que, em dadas circunstâncias, “*não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização*”. A circunstância especial levada em conta em mais de um julgado foi a procrastinação do pagamento por culpa do ente expropriante, às vezes até mediante a indevida retenção dos autos por anos. Em um desses casos, o relator, Ministro Rafael Mayer, aludiu ao “*lapso de tempo que desgastou o sentido da coisa julgada*”, como fundamento para prestigiar a realização de nova perícia avaliatória, afastando de modo expresso a autoridade da coisa julgada como óbice a essa diligência¹⁴. Em outro caso, o Ministro Néri da Silveira votou e foi vencedor no sentido de fazer nova avaliação apesar do trânsito em julgado da sentença que fixara o valor indenizatório, *apesar de não ter havido procrastinações abusivas* mas sempre com o superior objetivo de assegurar a justa indenização, que é um valor constitucionalmente assegurado; esse caso viera do Estado do Rio Grande do Norte e a R. sentença de primeiro grau jurisdicional, no mesmo sentido, fora da lavra do então juiz José Augusto Delgado.¹⁵

Discorreu-se também sobre a questão da *correção monetária* não imposta em sentença, em virtude de lei superveniente e da inflação que viera a corroer o valor aquisitivo da moeda. Pacificamente vem sendo entendido que corrigir valores não ultraja a garantia constitucional da coisa julgada, porque não implica alteração substancial da indenização, mas mero ajuste nominal. Essa é minha opinião exarada há pelo menos vinte e cinco anos e posta em artigo no ano de 1984.¹⁶

13. Cf. STJ - 1ª T., REsp n. 240.712/SP, j. 15.2.2000, rel. José Delgado, m. v.

14. Cf. STF - 1ª T., RE n. 93.412/SC, j. 4.5.1982, rel. Rafael Mayer, m. v.

1.6 De Pontes de Miranda a Humberto Theodoro Júnior

Para ilustrar a assertiva de que *se levou longe demais a noção de coisa julgada*, Pontes de Miranda discorre sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando *três impossibilidades* que conduzem a isso: impossibilidade cognoscitiva, lógica ou jurídica. Fala, a propósito, da sentença ininteligível, da que pusesse alguém sob regime de escravidão, da que instituisse concretamente um direito real incompatível com a ordem jurídica nacional etc. Para esses casos, alvitra uma variedade de remédios processuais diferentes entre si e concorrentes, à escolha do interessado e segundo as conveniências de cada caso, como: a) nova demanda em juízo sobre o mesmo objeto, com pedido de solução conforme com a ordem jurídica, sem os óbices da coisa julgada; b) resistência à execução, inclusive mas não exclusivamente por meio de embargos a ela; e c) alegação *incidenter tantum* em algum outro processo.¹⁷

Nessa mesma linha, Humberto Theodoro Júnior, invocando o moderno ideário do *processo justo*, os *fundamentos morais* da ordem jurídica e sobremaneira o princípio da *moralidade* que a Constituição Federal consagra de modo expresso, postula uma visão larga das hipóteses de discussão do mérito mediante os embargos do executado. O caso que examinava em parecer era de uma *dupla condenação da Fazenda* a pagar indenizações pelo mesmo imóvel. Segundo se alegava, ela já havia satisfeito a uma das condenações e com esse fundamento opunha-se à execução que se fazia com base na outra condenação, mas pelo mesmo débito. Em suas conclusões, o conhecido mestre mineiro propôs o enquadramento do caso na categoria do *erro material*, para sustentar afinal que, conseqüentemente, “*não haverá a res iudicata a seu respeito*”.¹⁸

15. Cf. STF - 1ª T., RE n. 105.012/RN, j. 9.2.1988, rel. Néri da Silveira, m. v.

16. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, “Inflação e processo”, que figura como capítulo no livro-coletânea *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 154-159, p. 352 ss.

17. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, § 18

1.7 Eduardo Couture

Mais de uma vez Eduardo Juan Couture escreveu sobre a admissibilidade e meios da revisão judicial das sentenças cobertas pela coisa julgada, particularmente em relação a ordenamentos jurídicos, como o do Uruguai àquele tempo, cuja lei não consagre de modo expresse essa possibilidade. Preocupavam o príncipe dos processualistas latino-americanos as repercussões que a *fraude* pudesse projetar sobre a situação jurídica das pessoas (partes ou terceiros), ainda mais quando os resultados da conduta fraudulenta estiverem reforçados pela autoridade da coisa julgada. Disse, a propósito desse elegante tema, que “*a consagração da fraude é o desprestígio máximo e a negação do direito, fonte incessante de descontentamento do povo e burla à lei*”. Maneja o sugestivo conceito de *coisa julgada delinqüente* e diz que, se fecharmos os caminhos para a desconstituição das sentenças passadas em julgado, acabaremos por outorgar uma *carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas do processo*. E disse também, de modo enfático: “*chegará um dia em que as forças vitais que o rodeiam [rodeiam o jurista] exigirão dele um ato de coragem capaz de pôr à prova suas meditações*”.

Couture examinou o caso do fazendeiro rico que, tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para forrar-se às responsabilidades de pai induziu esta a constituir um procurador, pessoa da absoluta confiança dele, com poderes para promover a ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou vigorosamente todos os fatos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe, que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado; a conseqüência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluído não recorreu. Mais tarde, chegando à maioria, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade, quando então surgiu o problema da coisa julgada.

n. 2, esp. p. 195.

18. Esses pensamentos estão no parecer editado com o título “Embargos à execução contra a

O caso terminou em acordo, lamentando-se não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o importantíssimo tema.¹⁹

1.8 Juan Carlos Hitters

Em monografia sobre a *revisão da coisa julgada*, o professor da Universidade de La Plata faz uma longa resenha de *casos* apreciados por tribunais argentinos, em que a firmeza de preclusões de diversas naturezas foi objeto de questionamentos, em busca de sustentação para sua tese central – que também é a da admissibilidade dessa revisão ainda quando o direito positivo não a haja previsto ou disciplinado. Procura conciliar harmoniosamente o enquadramento normativo do tema com a sua *dimensão sociológica*, tendo em vista o culto da *justiça e em especial a equidade, que é a justiça singularizada para o caso específico*; e conclui alvitando de modo entusiástico as aberturas para a revisão de sentenças substancialmente injustas, infringindo-se a autoridade do julgado se isso for essencial para fazer justiça e afastar desmandos.²⁰ Ao tempo em que escreveu Hitters, a Suprema Corte havia afirmado a prevalência da *auctoritas rei judicatae* em relação a sentenças portadoras de vícios formais, mantendo-se, quanto a essa situação, na posição tradicional vinda das origens. Mas, segundo informa o estudioso, ela nunca se pronunciara sobre a admissibilidade de questionar a coisa julgada com fundamento em *vícios substanciais da sentença* (sendo virgem a jurisprudência a esse respeito).²¹

Dos *casos* examinados por Hitters, nem todos dizem respeito à coisa julgada, mas, ao ditar mitigação a graves preclusões ocorridas no processo, todas as decisões oferecem elementos para a construção de uma teoria da revisão da coisa julgada sem previsão legal ou além das previsões legais

Fazenda Pública”.

19. Cf. Eduardo Couture, *Revocación de los actos procesales fraudulentos*, esp. n. 1, p. 388; sobre o pensamento de Couture, v. ainda Juan Carlos Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, cap. VIII, c, esp. p. 255-257.

20. Cf. Juan Carlos Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, cap. VIII e IX, p. 256 ss., esp. p. 325.

eventualmente existentes (como no Brasil). Em uma dessas decisões estabeleceu-se: a) que os vícios substanciais podem afetar os atos processuais; b) que ditos defeitos são suscetíveis de serem alegados e reconhecidos mesmo depois de decorrido eventual prazo preclusivo; e c) que um procedimento judicial pode ficar sem efeito quando, por via de ação, vier a ser reconhecida a existência de um vício de fundo.²²

1.9 Hugo Nigro Mazzilli e as lições que invoca

O conhecido e respeitado procurador da justiça figura a hipótese de uma ação civil pública haver sido julgada por serem inócuas ou mesmo benfazejas as emanções liberadas na atmosfera por uma fábrica e, depois do trânsito em julgado, verificar-se o contrário, havendo sido fraudulenta a perícia realizada. Para casos assim, alvitra que se mitigue a regra da coisa julgada *erga omnes* ditada no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, porque “*não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido de violar o meio ambiente e de destruir as condições do próprio habitat do ser humano*”. Alega em abono do que sustenta a solene proclamação constitucional do *direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado* (CF, art. 225) e invoca prestigiosas e bem conhecidas lições do processualista-pensador Mauro Cappelletti e do constitucionalista Jorge Miranda. Essa exposição está contida em uma rubrica a que sugestivamente dá o título de “*a necessidade de mitigar a coisa julgada*”.²³

É muito profunda a observação de Cappelletti, no quadro de seu notório pensamento reformador. Ele vai à raiz dessa problemática, ao estabelecer o confronto entre o tradicional processo civil individualista dos Códigos e os modernos pilares da tutela jurisdicional coletiva, onde se situa a temática das ações civis públicas e da coisa julgada nas sentenças ali produzidas. É nesse contexto metodológico de primeira grandeza que estão

21. Op. loc. cit., esp. p. 305-306.

22. Op. loc. cit., esp. p. 272.

as palavras reproduzidas por Mazzilli. Para quem estiver atento aos novos ventos e às ondas renovatórias do processo civil moderno, realmente, *caem como um castelo de cartas* as velhas estruturas referentes a certos institutos básicos, entre os quais a legitimidade *ad causam*, a substituição processual, a representação e sobretudo *os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada*. A visão tradicional dessas categorias jurídicas resta comprometida por sua “*impotente incongruência diante de fenômenos jurídicos coletivos como aqueles que se verificam na realidade social e econômica moderna*”.²⁴

Jorge Miranda, discorrendo bem amplamente sobre a coisa julgada entre os demais princípios e garantias residentes na Constituição, diz que aquela não é um *valor absoluto* e por isso “*tem de ser conjugado com outros*”. E, mais adiante: “*assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto da Constituição*”.²⁵

1.10 Direito norte-americano

A cultura jurídica anglo-americana não é tão apegada aos rigores da autoridade da coisa julgada como a nossa, de origem romano-germânica. A presença francesa nas origens da legislação das Colônias da América do Norte, e depois a espanhola²⁶, podem ter sido fontes de alguma influência do direito romano antigo, não do germânico – sendo sabido que é deste que nos advêm as regras mais rígidas de estabilização das decisões judiciárias em razão da coisa julgada, como a da mais absoluta eficácia preclusiva desta em relação ao deduzido e ao dedutível e como a geral e integral sanatória de eventuais nulidades da sentença (Pontes de Miranda)²⁷. Nesse quadro, sem a pressão dos dogmas que tradicionalmente nos influenciam, eles são capazes

23. Cf. Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cap. 35, n. 3, p. 171-172.

24. Cf. Mauro Cappelletti, *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil*, XII, esp. p. 147.

25. Cf. *Manual de direito constitucional*, II, n. 141, esp. p. 494-495.

de aceitar com mais naturalidade certas restrições racionais à *res judicata*, relativizando esta para a observância de outros princípios e outras necessidades. Diz a propósito a conceituada Mary Kay Kane: “há circunstâncias em que, embora presentes os requisitos para a aplicação da coisa julgada, tal preclusão não ocorre. Essas situações ocorrem quando as razões de ordem judicial alimentadas pela coisa julgada são superadas por outras razões de ordem pública subjacentes à relação jurídica que estiver em discussão” (trad. livre)²⁸. Com dois *cases*, a professora ilustra essa linha sistemática.

Primeiro case: Em um processo relacionado com a compra e venda de imóvel, no qual ambas as partes buscavam título de propriedade, a Corte rejeitou a alegação de coisa julgada porque do contrário chegar-se-ia a um resultado injusto e não se teria a definição de um título para a propriedade – quando a orientação jurídica referente à transferência de propriedade exige que alguma definição quanto ao domínio seja oferecida às partes (*Adams vs. Pearson*, Ill. 1952).

Segundo case: A coisa julgada foi afastada em razão das regras da lei salarial, de modo que uma ação anterior, omitindo alguns pedidos possíveis, não teve o efeito de excluir a tutela de direito estatutário, limitando-se a reduzir-lhe o valor (*Varsity Amusement Co. vs. Butters*, Colo. 1964).

Tais pensamentos são valorizados e legitimados pela ponderada ressalva de que “são necessariamente limitadas essas exceções à normal aplicação dos princípios da coisa julgada. Elas dependem da presença de razões sociais específicas e importantes, para que a coisa julgada possa ser desconsiderada” (trad. livre).²⁹

Ressalva dessa ordem está presente também na obra em cooperação de que participa a mesma Professora Mary Kay Kane, em parceria com

26. Cf. Peter Herzog, *Histoire du droit des États-Unis*, n. 1-2, p. 3.

27. Cf. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, cit., § 4º, n. 7, esp. p. 26.

28. Cf. Mary Kay Kane, *Civil procedure*, §§ 6º-10, p. 225. O texto em inglês está assim: “there are some circumstances in which even though the standard for applying *res judicata* has been met, preclusion will not result. These situations arise when the judicial economy policies fostered by claim preclusion are outweighed by some other public policy underlying the type of action

Jack H. Friedenthal e Arthur R. Miller, onde se lê: “*é importante observar que embora muitos casos possam depor no sentido de autorizar exceções fundadas no ‘interesse público’ ou no fato de ‘evitar a injustiça’, essas assertivas são geralmente exageradas. Como se verá, as exceções à coisa julgada são mais comumente invocadas, e com mais propriedade, somente em situações específicas nas quais se repute presente uma razão especial para superar os interesses da ordem processual*”. Mas isso está escrito em um parágrafo intitulado “*exceções à aplicação da coisa julgada*”, onde os autores, antes de expor seus exemplos a partir de *cases*, arrolam as razões capazes de suplantam a autoridade da coisa julgada.³⁰

“*Em primeiro lugar, há situações em que as normais conseqüências da coisa julgada podem comprometer certos escopos de disposições constitucionais ou legais, de modo que, quando isso acontecer, ulteriores demandas sobre a mesma matéria devem ser admitidas*”. Os exemplos oferecidos, de difícil compreensão ao leitor brasileiro, referem-se a casos em que, pelo direito norte-americano, ordinariamente ocorreria uma eficácia preclusiva mas esta foi afastada porque “*os direitos em jogo se reputavam suficientemente importantes para superar a necessidade de uma decisão definitiva*”.

A posição dos tribunais e dos autores americanos, como se vê, é de uma consciente e equilibrada relativização da coisa julgada, cujo efeito imunizante eles condicionam à compatibilidade com certos valores tão elevados quanto o da definitividade das decisões. Evitar a propagação de litígios, sim, mas evitá-la sem prejuízo a esses valores. Esse pensamento está presente na obra de James, Hazard e Leubsdorf, onde se coloca de modo explícito a regra de equilíbrio entre duas exigências opostas, de que venho falando, quando eles dizem: “*em diversos pontos pusemos em destaque o conflito entre dois fundamentais objetivos da lei processual*.”

that is involved”.

29. *Ibidem*, p. 226.

De um lado, o sistema processual procura favorecer a plena efetividade das discussões e das possibilidades probatórias de todas as partes, de modo que a causa possa ser bem decidida no mérito; de outro, o sistema cuida também de proporcionar a oferta de uma conclusão final com razoável rapidez e a um custo suportável".³¹ Reputo emblemática e fortemente representativa do pensamento norte-americano sobre a coisa julgada essa passagem colhida em doutrina mais antiga: "os tribunais somente podem fazer o melhor a seu alcance para encontrar a verdade com base na prova, e a primeira lição que se deve aprender em tema de coisa julgada é que as conclusões judiciais não podem ser confundidas com a verdade absoluta" (Currie).³²

1.11 Um caso examinado pela Professora Ada Pellegrini Grinover

A conhecida estudiosa cuidou do caso de uma demanda de anulação de escritura de reconhecimento de filiação, cujo fundamento era que tal declaração estaria eivada de falsidade ideológica porque o declarante seria impotente ao tempo e o filho teria sido concebido antes de qualquer relacionamento entre aquele e a mãe deste. Essa demanda foi julgada improcedente, sobrevivendo a coisa julgada. Cogitou-se depois da propositura de uma demanda declaratória de inexistência de relação de paternidade entre o mesmo autor e o mesmo réu; e a Professora Ada Pellegrini Grinover, consultada, em parecer respondeu que inexistente o óbice da coisa julgada como impedimento a essa propositura.³³

Esse estudo coloca-se preponderantemente no plano dogmático e téc-

30. Cf. Mary Kay Kane, *Civil procedure*, § 14.8, p. 657 ss.

31. Cf. Fleming James Jr.; Geoffrey C. Hazard Jr.; John Leubsdorf, *Civil procedure*, § 11.2, p. 579.

32. "Courts can only do their best to determine the truth on the basis of the evidence, and the first lesson one must learn on the subject of *res judicata* is that judicial findings must not be confused with absolute truth": cf. Mutuality of collateral estoppel: limits of the Bernhard doctrine, 9 *Stanford Law Review*, 281, 315 (1957), apud Cound; Friendenthal; Miller; Sexton, *Civil proce-*

nico-processual, ao propor o estudo do caso à luz da teoria “*dos limites objetivos da coisa julgada, da correlação entre o objeto da demanda e o objeto da sentença*”. Afirmou coisas de absoluto acerto sobre a coisa julgada incidente de modo exclusivo sobre o preceito decisório da sentença, sem estender-se aos motivos, como é cediço em doutrina e está claramente disposto nos incisos do artigo 469 do Código de Processo Civil. Invocou doutrina antiga e doutrina moderníssima, convergentes sobre o tema. Mesmo assim, sentiu-se que a ilustre professora foi movida pelo grande empenho, que coincide com o meu, por delimitar o âmbito de incidência da coisa julgada, deixando fora de seus limites objetivos toda e qualquer demanda que não coincida rigorosamente com a que já houver sido proposta e julgada. Suas palavras são significativas nesse sentido, quando diz que “aquela demanda não teve *propriamente* por objeto a declaração de inexistência da paternidade”. Parece claro que ela quis realmente fazer uma opção.

De todo modo, a posição assumida em dito parecer é muito significativa e útil como alerta contra possíveis ímpetus no sentido de ampliar os limites objetivos do julgado e, no presente caso, serve muito como fundamento para a inadmissibilidade da reclamação endereçada ao Col. Superior Tribunal de Justiça (*infra*, n. 34).

1.12 Não levar longe demais a autoridade da coisa julgada

Uma coisa resta certa depois dessa longa pesquisa, a saber, a *relatividade da coisa julgada* como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza

dure: cases and materials, cap. 17, p. 1.208.

33. Cf. parecer publicado em *Informativo Incijuris*, Joinville, v. 1, n. 10, p. 5-6, maio 2000, com a ementa “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência

e necessidade de harmonizá-los. Tomo a liberdade de, ainda uma vez, enfatizar a imperiosidade de equilibrar as exigências de segurança e de justiça nos resultados das experiências processuais, o que constitui o mote central do presente estudo e foi anunciado desde suas primeiras linhas. É por amor a esse equilíbrio que, como visto, os autores norte-americanos – menos apegados que nós ao dogma da *res judicata* – incluem em seus estudos sobre esta a indicação das exceções à sua aplicação. Na doutrina brasileira, insere-se expressivamente nesse contexto a advertência de Pontes de Miranda, acima referida, de que *se levou longe demais a noção de coisa julgada*. É igualmente central a esse sistema de equilíbrio a fórmula proposta em Portugal pelo constitucionalista Jorge Miranda e também citada acima, ao propor que “*assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto da Constituição*”. São essas as grandes premissas e as colunas em que se apoiam a minha tentativa de sistematização do riquíssimo tema em exame e as conclusões que oferecerei.

Para a reconstrução sistemática do estado atual da ciência em relação ao tema, é também útil recapitular em síntese certos pontos particulares revelados naquela pesquisa, a saber:

I - o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

II - a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

III - o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

IV - o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões ina-

ceitáveis em detrimento dos particulares;

V - a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

VI- a garantia constitucional do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;

VII - a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa*, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;

VIII - o *caráter excepcional* da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.

A partir desses elementos, duas ordens de raciocínios procurarei desenvolver no capítulo a seguir, tentando com eles chegar à definição dos modos e limites de uma desejável e equilibrada relativização da garantia constitucional da coisa julgada. Proponho-me:

a) a indicar *critérios para a relativização* racional e equilibrada da coisa julgada, sopesando valores e opinando sobre quais devem prevalecer sobre o desta e quais não, em quais circunstâncias sim e em quais circunstâncias não etc.;

b) a sugerir os modos como o Poder Judiciário pode ser chamado e deve manifestar-se a esse respeito, ou seja, os *remédios* de que dispõem os litigantes para tentar a liberação do vínculo que a coisa julgada representa.

2 PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

2.1 A coisa julgada material na garantia constitucional, na disciplina legal e no sistema

Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas

que a lei não a prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida. Tal é a *essência da coisa julgada*, de que cuida Liebman ao dizer que ela consiste “na imutabilidade da sentença, do seu conteúdo e dos seus efeitos, o que faz dela um ato do poder público portador da manifestação duradoura da disciplina que a ordem jurídica reconhece como aplicável à relação sobre a qual se tiver decidido”.³⁴

Com esses contornos, a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional, segundo Liebman,³⁵ ou ao *direito processual material*, para quem acata a existência desse plano bifronte do ordenamento jurídico³⁶. Resolve-se em uma situação de estabilidade, definida pela lei, instituída mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas.

Na lei processual, a concreta ocorrência da coisa julgada é condicionada ao advento da irrecorribilidade da sentença (art. 467) e, uma vez que ela ocorra, o juiz é proibido de pronunciar-se novamente sobre a mesma demanda, seja no mesmo processo ou em outro (arts. 267, inc. V, 467, 468, 471, 474 etc.). De modo expresse, dois remédios apenas predispõe a lei para a infringência a

de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”.

34. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, n. 394, esp. p. 420.

35. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, n. 15, p. 40-41.

36. “*Institutos bifrontes*: só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida. Constituem *pontes de passagem* entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (Calamandrei).”

sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada, a saber: a) a *ação rescisória* e, em uma única hipótese; b) os *embargos à execução*. Aquela, como é notório, é admissível no campo estrito dos fundamentos tipificados em lei (incisos do art. 485); os embargos do executado só são meio hábil a desfazer os efeitos da sentença, quando fundados na falta ou nulidade de citação do demandado no processo de conhecimento, havendo ele ficado revel (art. 741, inc. I).

Alguma abertura, fora desses casos e desses modos processuais para a revisão de sentenças passadas em julgado, existe ainda na disposição contida no artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil, autorizador de nova decisão depois de publicada a sentença, em caso de *inexatidões materiais* ou *erros de cálculo*. Como postura geral, têm os tribunais entendido que tais inexatidões ou erros só são oponíveis quando não passarem de meros equívocos no modo de expressar as intenções do julgador, não se admitindo a revisão das sentenças se o juiz houver adotado conscientemente um *critério* ou chegado intencionalmente a um resultado aritmético, especialmente quando sobre o tema tiver havido discussão entre as partes. Há também casos de *ineficácia da sentença*, para os quais o Supremo Tribunal Federal reputa hábil qualquer meio a ser experimentado pelo sujeito atingido ou ameaçado pelos efeitos de um julgamento dado em processo sem sua participação (o que sucede quando houver sido omitido um litisconsorte necessário-unitário); entre essas vias admitidas inclui-se a de um processo autônomo, com pedido de declaração de nulidade ou ineficácia da sentença.³⁷

Tal é o material jurídico-positivo e tais as aberturas sistemáticas sobre as quais se apoiarão os raciocínios a desenvolver no presente capítulo, a partir do próximo item.

2.2 Método indutivo

(cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 6).

Há um indisfarçável casuísmo em todo o elenco de casos em relação aos quais foi aceito ou preconizado algum meio de mitigar os rigores da coisa julgada. Assim foi na história muito eloqüente do fazendeiro uruguaio que simulou um processo a dano do filho extraconjugal, contada por Eduar- do Couture; assim é nos *cases* da jurisprudência norte-americana indicados por Mary Kay Kane; assim também naquela desapropriação indireta onde a Fazenda do Estado de São Paulo fora condenada a indenizar por ter “*invadido*” um imóvel que era de sua propriedade ou naquela história da Fazenda condenada e executada duas vezes pela mesma indenização; também nos casos de avaliações imobiliárias superadas pelo agravamento da inflação e decurso de longo tempo, com ou sem culpa do ente exproprian- te, considerados pelo Supremo Tribunal Federal; e ainda nos muitos precedentes levantados por Juan Carlos Hitters a partir da jurisprudência argentina.

O que há de comum em todos esses casos é a premissa consistente na *prevalência do substancial sobre o processual*, ou seja, o culto ao valor do justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada. Não vejo, porém, constantes critérios objetivos para a determinação das situações em que essa autoridade deve ser afastada ou mitigada, nem dos limites dentro dos quais isso deve acontecer. Alguns sinais já foram dados, no entanto, como a alusão a uma *coisa julgada inconstitucional* (José Augusto Delgado) e a invocação de outras garantias constitucionais que com a coisa julgada devem conviver, como a da *moralidade administrativa*, a do *justo preço* nas desapropriações e a do *meio ambiente ecologicamente equilibrado* (Mazzilli). Invocam-se também a *fraude*, o princípio da *razoabilidade* e o da *proporcionalidade*, como fundamentos para a relativização da autoridade da coisa julgada em certos casos.

Proponho-me, neste ponto, a tentar o esboço de uma *reconstrução dogmática* dos princípios e conceitos emergentes dessas idéias colhidas aqui e ali, em busca de critérios objetivos constantes e capazes de oferecer segurança no trato da coisa julgada material em face dos demais valores presentes na ordem jurídica. Será um trabalho conduzido pelo método indutivo, partindo do particular em busca do geral – ou seja, partindo da

casuística levantada e das idéias invocadas em cada caso, com vista a encontrar um legítimo ponto de equilíbrio entre a garantia constitucional da coisa julgada e aqueles valores substanciais. Como fio condutor dessa investigação e das hipóteses de mitigação da coisa julgada, valho-me do conceito técnico-jurídico da *impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença*.

2.3 Coisa julgada, efeitos da sentença e impossibilidades jurídicas

No plano puramente conceitual, sabe-se e já foi lembrado acima que a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, ou seja, na sua imunidade a futuros questionamentos. Quem já era credor, ou já tinha o direito à anulação de um contrato, ou à retomada de um imóvel etc., com o advento da coisa julgada terá o mesmo direito que tinha antes, mas agora com a aura de uma intangibilidade e perenidade que antes não havia. São efeitos substanciais da sentença, que a coisa julgada material pereniza, a declaração de existência ou inexistência de uma relação, a constituição de uma situação jurídico-substancial nova ou a declaração da existência de um direito, acompanhada da criação de um título executivo que o ampare (sentenças meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias); e tais efeitos reputam-se *substanciais*, em oposição aos efeitos processuais que todas as sentenças têm, porque se referem às realidades da vida dos litigantes, em suas relações um com o outro ou com os bens da vida (supra, 1.1).

Ora, incidindo a *auctoritas rei judicatae* sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material. É isso que se dá nas sentenças terminativas, que, pondo fim ao processo sem julgar-lhe o mérito (ou seja, sem pronunciar-se sobre a pretensão trazida pelo demandante), nada dispõem sobre as relações substanciais eventualmente existentes entre os litigantes na vida comum – e tal é a razão por que, segundo entendimento comum e absolutamente pacífico, tais sentenças podem ficar cobertas da coisa julgada *formal*, mas da material, jamais. Agora, pensando na problemática central do presente estudo, digo que é isso que se dá também com certas sentenças de

mérito que, pretendendo ditar um preceito *juridicamente impossível*, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.

Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como esse chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. Sequer a mais elevada das decisões judiciais, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder Judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo artigo 1º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em consequência de uma dívida não honrada;³⁸ ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. Sentenças como essas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade humana, valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1º, inc. III e art. 5º). Pensar ainda na condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5º, inc. LXVII).

Ora, como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida (supra, 1.1), é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se. Por isso, como a Constituição não permite que um Estado se retire da Federação, ou que se imponha por execução forçada o cumprimento da obrigação de dar um peso da própria carne etc., da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis

37. Cfr. Dinamarco, *Litisconsórcio*, n. 64.8, esp. p. 293; n. 65.1, texto e nota 51, esp. p. 301.

38. Alusão ao drama *O mercador de Veneza*, em que o personagem shakespeariano Shylock

decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los.

Visivelmente, estou manejando o argumento das *impossibilidades*, antes empregado por Pontes de Miranda e já referido neste estudo (supra, 1.6). Das três ordens de impossibilidades por ele sugeridas, a *jurídica* é que tem maior aderência à problemática aqui versada. A impossibilidade jurídica é bastante versada pelos processualistas em geral, principalmente brasileiros, em relação ao *pedido* – dado que a possibilidade jurídica da demanda é expressamente incluída pelo Código de Processo Civil entre as condições da ação (art. 267, inc. VI). Conceitua-se como a inadmissibilidade do que o demandante pretende, em tese – ou seja, independentemente das circunstâncias do caso³⁹. A impossibilidade jurídica do pedido, ou sua inadmissibilidade *a priori*, constitui antecipação da impossibilidade jurídica do resultado pretendido, ou seja, dos efeitos sentenciais postulados. O pedido de recesso da Federação, feito por um Estado, é juridicamente impossível porque juridicamente impossível é o resultado pretendido. Idem, o pedido de condenação a dar um pedaço da própria carne etc.

Uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, em verdade, uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes. Por mais que o juiz ou a mais elevada Corte do país determine o recesso de uma unidade federativa, isso não acontecerá e esse efeito não se produzirá, porque as forças da nação e do Estado estão autorizadas a impedi-lo, até pela força se necessário. Por mais que uma sentença condenasse alguém a despojar-se em vida de partes de seu corpo, essa sentença não comportaria execução alguma e legítima seria a resistência que o condenado viesse a opor a ela. E, não havendo efeitos a serem imunizados pela coisa julgada material, essa autoridade cai no vazio e não tem como efetivar-se.

alimentava uma pretensão dessa ordem.

39. Cf. a apresentação do tema que faço na tese *Execução civil*, ns. 246-250, p. 382 ss.,

A sentença com o enunciado de efeitos impossíveis não será um ato jurídico inexistente, embora inexistentes os efeitos substanciais por ela programados. Como ato jurídico processual, ela terá, por exemplo, o efeito de pôr fim ao processo. Faltar-lhe-á somente a *eficácia* pretendida. São de primeira importância as lições de Emilio Betti sobre a eficácia e ineficácia do ato jurídico, de plena aplicação ao objeto do nosso tema.⁴⁰

Repito, para clareza: *sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade*. Pode-se até discutir, em casos concretos, se os efeitos se produzem ou não, se são ou não compatíveis com a ordem constitucional etc., mas *não se pode afirmar que, sem ter efeitos substanciais, uma sentença possa obter a coisa julgada material*. Esse é um enunciado conceitual e metodológico, que se impõe independentemente de qualquer tomada de posição em relação aos valores políticos, éticos, humanos ou econômicos a serem preservados. Como dito, a sentença terminativa é um belo exemplo de sentença que não obtém a autoridade da coisa julgada material porque não tem efeitos externos, mas ela não é o único caso no sistema.

O que está dito acima coincide com a idéia posta por Humberto Theodoro Júnior, de que “as sentenças abusivas não podem prevalecer a qualquer tempo e a qualquer modo, porque a sentença abusiva *não é sentença*”. Não cumpre a finalidade das sentenças de mérito aquela que, por estar propondo um resultado impossível, não é capaz de produzir resultado algum.

2.4 Impossibilidade jurídica e convivência entre princípios e garantias

com farta indicação doutrinária.

40. Cf. Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, III, n. 57, esp. p. 9 (trad.). Discorri sobre o tema em *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 181, p. 550 ss., esp. nota 28,

Tomemos agora ao item inicial deste estudo, onde se salienta a necessidade de estabelecer uma convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais, a partir da idéia de que todos eles existem para servir o homem e oferecer-lhe felicidade, sem que nenhum seja absoluto ou constitua um valor em si mesmo (supra, 1.1, com transcrição de trechos de livro ainda no prelo). Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Nessa perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico-constitucionais acima consideradas, conclui-se que *é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*.

2.5 Justo preço e moralidade: valores constitucionais relevantes

A premissa conceitual e sistemática é esta: *a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir*. Passemos agora à busca dos critérios para determinar, com utilidade para a tomada de posição em relação ao caso, quais são essas forças capazes de impedir que a sentença produza os efeitos progra-

mos. Ponhamos nossas atenções na garantia constitucional da justa indenização e no princípio da moralidade administrativa, que também é constitucionalmente consagrado.

Aparentemente, a garantia da *justa e prévia indenização* poderia parecer destinada com exclusividade ao resguardo do direito de propriedade e, portanto, configurar-se apenas como uma proteção endereçada aos particulares em face do Estado, sem ter também este como destinatário. Essa insinuação vem não só da topologia da garantia, situada no capítulo *dos direitos e garantias individuais e coletivos*, mas também de sua própria redação. Os precedentes jurisprudenciais que se formaram a esse respeito, todavia, apóiam-se, ainda que não tão explicitamente, em uma visão bipolar da garantia expressa pelo inciso XXIV do artigo 5º constitucional. Nessa perspectiva, o *preço justo* figura como uma garantia com que ao mesmo tempo a Constituição Federal quer proteger a efetividade do direito de propriedade e também resguardar o Estado contra excessos indenizatórios. Nem haveria como entender de modo diferente o emprego do adjetivo *justo*, dado que a própria *justiça* é em si mesma um conceito bilateral, não se concebendo que algo seja “*justo*” para um sujeito sem sê-lo para outro. *Não se faz “justiça” à custa de uma injustiça.*

Ao discorrer sobre a *justiça igualitária, corretiva ou sinalagmática*, o jurisfilósofo Luís Recaséns Siches põe em destaque o princípio de igualdade inerente a ela e realça particularmente a *equivalência entre o que se dá e o que se recebe*. Depois, remontando à *æquitas romana*, lembra o *suum cuique tribuere* como imperativo da equidade e da justiça.⁴¹

Essa comutatividade, sem a qual não há justiça, é reforçada, na ordem constitucional brasileira, pela solene afirmação da *moralidade administrativa* como valor a ser objeto de muita atenção pelo Estado, por seus governantes, por seus cidadãos e por seus juízes (CF, art. 5º, inc. LXXIII).

Hely Lopes Meirelles, que há muito vinha expondo idéias sobre a moralidade administrativa, mostrou que ela não coincide com a moral

comum mas resolve-se na fidelidade às normas inerentes à Administração Pública. Invocando Hauriou, diz que o administrador, “ao atuar, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também *entre o honesto e o desonesto*”. Ele “*não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta*”⁴². Depois, a Professora Odete Medauar, procurando sair do vago e do impreciso, mostrou as dificuldades antepostas ao correto entendimento da locução *moralidade administrativa* e com muita agudeza de espírito veio a propor a contraposição *entre moralidade e improbidade*, dizendo incisivamente: “*a improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público*”. A prestigiosa professora paulista invoca as disposições com que a Constituição Federal cuida da improbidade administrativa (art. 37, § 4º e art. 85, inc. V) e vai à Lei da Improbidade Administrativa, que, entre outras disposições, tipifica condutas criminosas de improbidade (Lei n. 8.429, de 2.6.1992).⁴³

Resulta que o conceito de *moralidade administrativa* coincide com a idéia de *zelo pelo patrimônio moral e material do Estado e dos demais entes públicos*; não só os próprios administradores são os institucionais guardiões desse valor, como também os demais órgãos estatais e também o povo. A Constituição Federal manifesta essa intenção, em um primeiro plano, ao dar aos integrantes do povo, que são os *cidadãos*, legitimidade para buscar da Justiça a observância dos padrões exigíveis de moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII) e, correspondentemente, ao outorgar aos juízes o poder de fazer o controle da moralidade e da improbidade. Também ao Congresso Nacional é conferido o poder-dever de controlar as contas do Chefe do Poder Executivo (art. 49, inc. IX) e, de um modo geral, “*a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União*

p. 551-552.

41. Cf. *Tratado general de filosofía del derecho*, cap. XVIII, n. 3, esp. p. 483.

42. Cf. *Direito administrativo brasileiro*, p. 83-84.

e das entidades da administração direta e in- direta” (art. 70), para o que contará com o auxílio técnico do Tribunal de Contas da União (art. 71). Confirma-se, portanto, que o encargo de zelar pela moralidade administrativa é difuso entre os organismos estatais e membros do congregado político denominado *povo*.

Nesse quadro, não é *justa* uma indenização que vá extraordinariamente além do valor de mercado do bem, porque, ao contrariar a regra da moralidade administrativa, ela estará em choque com os próprios objetivos do Estado, traçados na Constituição. *Justiça* é, na lição sempre respeitada de Norberto Bobbio, a correspondência da norma “*com os valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico*”. É lícito dizer, parafraseando o grande pensador, que perguntar se uma indenização é justa ou injusta significa perguntar se ela é ou não apta a atuar equilibradamente o valor da garantia da propriedade e o da moralidade administrativa, plantados na Constituição Federal.⁴⁴

2.6 Sentenças juridicamente impossíveis – a favor ou contra o Estado

As premissas postas acima autorizam a firme conclusão de que a garantia constitucional da *justa indenização*, tendo uma feição bifronte em sua destinação ao expropriante e ao expropriado, implica simultaneamente repúdio a indenizações absurdamente aquém do real e também repúdio a indenizações absurdamente acima do real. Esse é um imperativo da interpretação dessa garantia em consonância com os postulados da *isonomia* e da *moralidade administrativa*, também residentes na Constituição da República. Desdobrando a garantia da justa indenização à luz dessa interpretação sistemática, temos que: a) permitir que o ente público pague menos do valor real transgride o direito de propriedade e a garantia de reposição patrimonial, que ela contém; b) exigir pagamento além do valor

43. Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, n. 7.6, p. 148-150.

real implica dano ao Estado e ultraje à moralidade administrativa, constitucionalmente exigida.

Na linha dos conceitos e do método propostos nos tópicos precedentes, conclui-se portanto que: a) são constitucionalmente impossíveis as determinações do valor indenizatório muito além ou absurdamente aquém do devido; b) as decisões judiciais contendo determinações assim absurdas não são capazes de impor os efeitos programados, porque colidiriam com aquelas superiores regras constitucionais; c) não havendo efeitos substanciais suscetíveis de serem impostos, não incide a coisa julgada material sobre ditas sentenças, porque essa autoridade incide sobre efeitos substanciais e não tem como incidir quando os efeitos forem repudiados por razões superiores – ou seja, quando esses efeitos inexistirem no caso concreto.

2.7 A dimensão da conclusão proposta

Os precedentes jurisprudenciais brasileiros colhidos na pesquisa feita apontam exclusivamente casos em que se questionavam indenizações a serem pagas pelo Estado, notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos, mas o tema proposto é muito mais amplo, porque a fragilização da coisa julgada como reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressão a valores que não comportam transgressão, *é suscetível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário*. Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional.

O critério proposto aplica-se em cheio ao caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e já referido neste estudo (supra, 1.4), do ente estatal condenado a indenizar pelo apossamento administrativo de um imóvel que depois se verificou ser de seu próprio domínio, ou daquele que foi condenado duas vezes pelo mesmo dano causado ao particular (supra, 1.5).

Aplica-se também ao caso narrado por Couture (supra, 1.7), do processo simulado promovido em nome do filho adulterino de um rico fazendeiro, com o escopo de obter sentença favorável a este. Deve aplicar-se também a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é (infração ao disposto no art. 1º, incs. II-III, da Constituição Federal).

Não me impressiona o argumento de que, sem a rigorosa estabilidade da coisa julgada, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranqüilidade social. Toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo esse risco, como já venho reconhecendo há mais de uma década; mas a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores etc.⁴⁵. Além disso, não estou a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae* mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários. Cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc. Não temo insistir no óbvio, ao repetir que “*o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo*”.

Relembro a referência já feita à obra de autores norte-americanos, que, ao sustentarem a necessidade de flexibilizar a coisa julgada, ressalvam a excepcionalidade dessa solução (“*são necessariamente limitadas essas exceções à normal aplicação dos princípios da coisa julgada. Elas*

44. Cf. *Teoria generale del diritto*, n. 9, p. 23-24.

dependem da presença de razões sociais específicas e importantes, para que a coisa julgada possa ser desconsiderada” – supra, 1.10).

Aqui tem pertinência o reclamo, já feito por estudiosos do tema, à *razoabilidade interpretativa* como indispensável critério a preponderar quando tais valorações são feitas nos pronunciamentos judiciais: o *logos de lo razonable*, da notória e prestigiosa obra de Recaséns Siches, quer que se repudiem absurdos agressivos à inteligência e aos sentimentos do homem comum, sendo absurdo *eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas*. O jurista jamais conseguiria convencer o *homem da rua*, por exemplo, de que o não-pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o *homem da rua* de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado.

Homem da rua é o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto, segundo a imagem criada por Piero Calamandrei (*l'uomo della strada*).

Para dar efetividade à equilibrada flexibilização da coisa julgada em casos extremos, insisto também na afirmação do dever, que a ordem político-jurídica outorga ao juiz, de postar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga.⁴⁶ Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades.

O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre *certezas, probabilidades e riscos*, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-

se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios para corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer⁴⁷. O juiz que racionalmente negar a autoridade da coisa julgada em um caso saberá que, se estiver errado, haverá tribunais com poder suficiente para reformar-lhe a decisão. Deixe a vaidade de lado e não tema o erro, sempre que estiver convencido da injustiça, da fraude ou da inconstitucionalidade de uma sentença aparentemente coberta pela coisa julgada.

2.8 Remédios processuais adequados

A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tornar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas⁴⁸.

No caso do ente estatal condenado a indenizar sem ter ocupado imóvel *alheio*, depois do trânsito em julgado chegou a ser celebrado entre as partes um negócio jurídico (transação) e a Fazenda veio a juízo com pedido de anulação deste, simplesmente desconsiderando a coisa julgada anterior; o Superior Tribunal de Justiça aceitou a admissibilidade dessa via e prestigiou a pretensão fazendária, porque o importante era afastar o absurdo que a *auctoritas rei judicatae* ia perenizando. No caso da avaliação que

45. Cf. nosso *A instrumentalidade do processo*, n. 36.3, p. 293 ss.

46. Idem, *ibidem*.

ficou desatualizada por causa da inflação, alterações ocorridas na ordem econômica e retardamento intencionalmente causado pelo ente expropriante, o expropriado obteve do Supremo Tribunal Federal a determinação de que se realizasse nova avaliação no mesmo processo da ação expropriatória. O menino uruguaio que fora vítima de um fraudulento processo de investigação de paternidade limitou-se a repetir em juízo a propositura dessa demanda, aparentemente transgredindo o veto ao *bis in idem*, que ordinariamente se imporia. A Fazenda que fora condenada duas vezes pelo mesmo imóvel e satisfaz a obrigação na primeira das execuções instauradas, opôs embargos à segunda delas e esses embargos foram recebidos.

A casuística levantada demonstra que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame. Em caso de sentença proferida sem a regular citação do réu, admitiu o Supremo Tribunal Federal que esse vício tanto pode ser examinado em ação rescisória, quanto mediante embargos à execução se for o caso (sentença condenatória) ou ainda em “*ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença*” (voto condutor: Min. Moreira Alves)⁴⁹. Para a hipótese específica de desobediência às regras do litisconsórcio necessário-unitário, também venho sustentando essa ampla abertura de vias processuais, cabendo ao interessado optar pela que mais lhe convenha – seja a ação rescisória⁵⁰, mandado de segurança se houver liquidez e certeza, ação declaratória de ineficácia etc. (essas idéias estão em monografia sobre o tema do litisconsórcio, referindo e apoiando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).⁵¹

A *ação autônoma* a que alude o Supremo Tribunal Federal é aquela sugerida por Piero Calamandrei, segundo o qual “o único meio adequado

47. *A instrumentalidade do processo*, cit., n. 33, p. 236 ss.

48. Cf. *Tratado da ação rescisória...*, cit., § 18, n. 2, esp. p. 195.

contra a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual, sem aportar modificação alguma ao mundo jurídico, far-se-á declarar o caráter negativo que o conteúdo da sentença trouxe consigo desde o momento de sua concepção”⁵². O Supremo, corretamente, ao aceitar o alvitre dessa ação autônoma não a toma como caminho único para o resultado pretendido.

2.9 Ação rescisória

Outra legítima abertura ao reconhecimento da *inconstitucionalidade da coisa julgada* em casos extremos pode e deve ser o *redimensionamento da ação rescisória* e dos limites de sua admissibilidade. Ela é tradicionalmente apontada como um remédio rigorosamente extraordinário de infringência à coisa julgada material, reputada esta um valor a ser preservado a todo custo e sujeito a questionamentos apenas em casos verdadeiramente extraordinários. O rol das hipóteses de sua admissibilidade é um *numerus clausus* (CPC, art. 485) e os tribunais brasileiros esmeram-se em afunilar a interpretação de cada um dos incisos que tipificam as hipóteses de sua admissibilidade, sempre assumida a premissa da prevalência do valor da segurança jurídica. Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm – ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento da outra etc.

49. STF - Pleno, RE n. 97.589, 17.11.1982, rel. Moreira Alves, v. u., DJU, de 3.6.1983.

50. Enrico Tullio Liebman nega a admissibilidade da ação rescisória nesse caso, porque a sentença seria inexistente e, sendo inexistente, não haveria coisa julgada a debelar (Cf. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu, p. 183).

51. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Litiscôncórdio*, n. 65 a 65.4, p. 300 ss.

Dezenas de servidores de determinado ente estatal vieram à Justiça e obtiveram a vantagem funcional que pleiteavam, com trânsito em julgado do acórdão que os favorecia. Outras dezenas de servidores do mesmo ente, ocupando a mesma situação estatutária que aqueles outros, receberam julgamento desfavorável, também com trânsito em julgado. Resultado prático: na mesma função, na mesma repartição ou até mesmo na mesma sala, convivem servidores integrados na mesmíssima situação funcional, mas alguns percebendo remuneração sensivelmente inferior à dos outros. Não é necessário maior esforço para afastar essa revoltante quebra do princípio constitucional da isonomia, bastando interpretar o inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil no sentido de permitir que, pelo fundamento da *violação à literal garantia da igualdade substancial* (CF, art. 5º, *caput* e inc. I), em sede da ação rescisória se abra caminho para a concessão dos benefícios antes negados a um significativo grupo de integrantes daquela categoria profissional.

2.10 Minhas preocupações

Uma das razões de meu empenho em descobrir e propor um critério geral para relativizar racionalmente a autoridade da coisa julgada material é a tendência, que em várias manifestações tenho visto, a buscar soluções benéficas ao Estado sem pensar nos adversários dos entes estatais e em todos os sujeitos que, de algum modo, tenham sua esfera de direitos comprimida pelos rigores da coisa julgada. Repudio os privilégios dados pela lei processual ao Estado, que reputo de índole fascista; sou um crítico do *Estado-inimigo*, que litiga e resiste em juízo com a consciência de não ter razão, abusando do direito de recorrer com o objetivo de postergar a satisfação de suas vítimas; reputo indecente a prática de legislar mediante medidas provisórias destinadas a ampliar os privilégios do Estado em juízo e combato as repetidas indulgências dos juízes para com os entes estatais, a dano da garantia constitucional da isonomia. Nesse quadro, é de esperar que não aceite nem endosse soluções favoráveis ao Estado, só porque favoráveis ao Estado – e isso justifica o grande esforço por uma reconstrução dogmática e conceitual muito sólida e coerente, a que me apliquei no presente estudo,

evitando casuísmos. É indispensável o estabelecimento de uma linha de equilíbrio, que favoreça o Estado quando for ele o lesado por decisões absurdas, mas que também favoreça quem quer que se encontre em situação assim – ou seja, postulo uma linha sem qualquer engajamento com os interesses nem sempre justos nem condizentes com o da população, com enorme freqüência sustentados pelos defensores estatais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, que no caso acima indicado relativizou a coisa julgada em benefício do Estado (supra, 1.4), em outra Turma radicalizou ao extremo essa autoridade, ao dizer que “*seria terrificante para o exercício da jurisdição se fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada*”, sendo *libertadora* a regra legal que a assegura (CPC, art. 468). Tratava-se de uma sentença já trântita em julgado, afirmando a paternidade de uma pessoa em face de um suposto filho, sem a realização do exame de DNA. Tal exame, feito depois de consumada a coisa julgada, veio a afastar essa paternidade, mas o Superior Tribunal de Justiça fez prevalecer a autoridade do julgado, nos termos absolutos retratados na ementa⁵³. O resultado é que, em homenagem ao mito da segurança das relações jurídicas, aquela pessoa arcará com todos os deveres de pai perante uma pessoa que não é seu filho e em relação ao qual provavelmente não nutre afeição alguma; seus filhos daquela pessoa suportarão, no futuro, uma partilha que aquinhoará o não-filho. Esse fortíssimo precedente jurisprudencial, que se alinha na postura tradicional em relação à *auctoritas rei judicatae* e portanto é uma manifestação integrada em determinado ambiente cultural, na minha óptica merece a censura que merece o próprio pensamento tradicional e suscita ainda uma vez, a preocupação em equilibrar valores constitucionais, sem dar peso absoluto a qualquer um deles. Vejo também com muita preocupação a relativa disposição a favorecer o Estado com a flexibilização da coisa julgada, sem flexibilizá-la em prol de outros sujeitos ou em face de valores

52. Cf. Piero Calamandrei, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, n. 9, esp. p. 260.

53. Cf. STJ – 3ª T., REsp n. 107.248, j. 7.5.1998, rel. Menezes Direito, v. u., DJU, de 29.6.1998,

ainda mais nobres que os relacionados com os interesses estatais puramente patrimoniais.

Animo-me no entanto com um julgado recentíssimo e ainda não publicado⁵⁴ do próprio Superior Tribunal de Justiça (4ª T.), que admitiu uma segunda ação de investigação de paternidade entre as mesmas partes, havendo a primeira sido julgada improcedente por insuficiência probatória. Ponderou o relator, Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, que ao tempo do primeiro julgado o exame de DNA não era ainda suficientemente divulgado, o que pode ter dificultado a defesa dos interesses do autor. Animam-me ainda alguns pronunciamentos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que a autoridade do julgado foi corajosamente relativizada, abrindo-se com isso caminho ao realista reexame de uma relação de paternidade. Proclamou o voto condutor do relator em um desses casos, Desembargador Valter Xavier, ser “*imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas*” e disse ainda que “*o interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais*”.

Se tiver razão no que sustento, terei chegado a uma visão sistemática da relativização da coisa julgada segundo critérios que em primeiro plano são objetivos – despontando sobretudo o da prevalência de certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas. Daí aceitar a idéia da *coisa julgada inconstitucional*, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto. A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*,

p. 160.

54. Esta redação está sendo concluída aos 3 de agosto de 2001. A referência ao caso referido acima está na seção Notícias do dia 23 de julho de 2001, no *site* do Superior Tribunal de Justiça.

que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a *ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*.

A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, III, n. 57 (trad. port.: *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970).
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Turim: Giappichelli, 1993.
- CALAMANDREI, Piero. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. In: *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1979. v. 7.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.
- CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956. v. 1.
- COUND, John Jr.. *Civil procedure: cases and materials*. 6. ed. St. Paul

(Minn.): West Publishing, 1993 (em coop.).

COUTURE, Eduardo Juan. Revocación de los actos procesales fraudulentos. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

. *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

. *Intervenção de terceiros*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros (no prelo).

JAMES JR., Fleming. *Civil procedure*. 2. tiragem, Boston-Toronto-Londres, Little, Brown & Co., 1992 (em coop.).

FRIEDENTHAL, Jack H. *Civil procedure: cases and materials*. 6. ed. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1993 (em coop.).

HAZARD JR., Geoffrey C. *Civil procedure*. 2. tiragem, Boston-Toronto-Londres, Little, Brown & Co., 1992 (em coop.).

HERZOG, Peter. Histoire du droit des États-Unis. In: LAVASSEUR, Alain _____. A. (coord.). *Droit des États-Unis*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1994.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. La Plata: Platense, 1977.

- JAMES JR., Fleming. *Civil procedure*, 2. tiragem. Boston-Toronto-Londres, Little, Brown, 1992 (em coop.).
- KANE, Mary Kay. *Civil procedure*. 4. ed. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1996.
- KANE, Mary Kay. *Civil procedure: cases and materials*. 6. ed. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1993 (em coop.).
- LEUBSDORF, John. *Civil procedure*, 2ª tiragem, Boston-Toronto-Londres: Little, Brown & Co., 1992 (em coop.).
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Reimpr. Milano: Giuffrè, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MILLER, Arthur R. *Civil procedure: cases and materials*. 6. ed. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1993 (em coop.).

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. 9. ed. México: Porrúa, 1986.

SEXTON, John E. *Civil procedure: cases and materials*. 6. ed. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1993 (em coop.).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. In: *Regularização imobiliária de áreas protegidas*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,

ASPECTOS BÁSICOS DO SISTEMA DE INVALIDADE

Marcelo José Magalhães Bonicio*

Sumário: 1 Forma e formalismo; 2 Existência, validade e eficácia; 3 Vícios extraformais (condições da ação e pressupostos processuais); 4 Vícios formais (nulidades); 4.1 Desvantagens da adoção, pelo sistema processual, de um rol taxativo de nulidades; 4.2 Nulidades e regras de interesse público; 4.3 Atos processuais irregulares; 5 A classificação de Salvatore Satta; 6 Princípios que regem o sistema de invalidades; 6.1 Princípio da instrumentalidade das formas; 6.2 Princípio do prejuízo; 6.3 Princípio da convalidação; 6.4 Princípio da conservação; 6.5 Princípio da causalidade; 7 Convalidação do ato processual. 8 Conclusões.

* Procurador do Estado de São Paulo.

1 FORMA E FORMALISMO

Antes de tudo, é preciso não confundir a necessidade de se dar uma forma predeterminada aos atos estatais, com o formalismo exacerbado.

Todos os atos estatais guardam, entre si, uma profunda identidade, pois todos são veículos utilizados para o exercício do poder estatal.¹

As formas dos atos, portanto, devem ser vistas como garantia contra abusos desse mesmo poder.

Conforme noticia Ferruccio Tommaseo, houve um período da história, logo após a Revolução Francesa, chamado posteriormente de “a grande ilusão”, em que todas as formas processuais foram abolidas, possibilitando, inclusive, que qualquer cidadão, especialmente aqueles de *moralità rivoluzionaria*, pudesse ser nomeado juiz.²

Em nenhum outro período da história, afirma o doutrinador italiano, os cidadãos foram tão injustiçados. Essa experiência durou cinco anos e, em seguida, as regras que estavam antes em vigor foram postas novamente em vigência.

Também no sentido da necessidade das formas, Giuseppe Chiovenda é bastante expressivo, ao afirmar que as formas são necessárias, ainda que as partes fossem animadas pelo mesmo espírito de verdade e justiça que deve animar o juiz.³

1. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, p. 115. Para um conceito administrativo da idéia de unidade dos atos estatais, v. Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, 1970. No sentido filosófico, v. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 37-65.

2. *Appunti di diritto processuale civile*, 4. ed., Torino: Giappichelli, 2000, p. 9. Afirma Ferruccio Tomaseo, na mesma obra, que “*la polemica contro il formalismo è giustificabile solo quando si diriga contro le degenerazioni del formalismo; invero, occorre avere piena consapevolezza che le forme del processo hanno per se stesse un valore positivo.*” (ibidem, p. 10).

3. Le forme nella difesa giudiziale del diritto, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1993, v. 1.

Na mesma oportunidade, Chiovenda chama a atenção para aquilo que ele considera como o “*vizio peggiore d’un sistema di forme processuali*”, que seriam “*l’incertezza e la discutibilità*”, pois tanto uma quanto outra produziriam questões processuais sobre a forma do ato, e “*le questioni di forma sono il vero e proprio danno delle forme*”, pois distraem as atividades das partes e do juiz de um trabalho útil, retardando e interrompendo o caminho da justiça.⁴

Na doutrina nacional, não poderia ser diferente. Também adota-se, em nosso país, o entendimento de que as formas são necessárias, não só como garantia para as partes, mas também porque “a falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levaria à desordem, à confusão, à incerteza”.⁵

O formalismo, por sua vez, consiste num culto exagerado às formas, que sufoca “a naturalidade e rapidez do processo”⁶ e deve ser repudiado, principalmente em virtude do princípio da *instrumentalidade das formas*, que veremos mais adiante.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira trata do formalismo sob um outro ângulo. Esse doutrinador afirma que a forma em sentido estrito seria o “invólucro do ato processual, a maneira como este deve exteriorizar-se”. Já as condições de “meio de expressão” e “lugar e tempo”, por serem extrínsecas ao ato, “integram o formalismo processual, mas não a forma em sentido estrito”.⁷

4. Ibidem, p. 374.

5. Cf. Ada Pellegrini Grinover; Antonio Carlos de Araújo Cintra; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 271. Ainda nesse sentido, ensina José Frederico Marques que “indiscutível é a necessidade das formas processuais para que as garantias da ordem jurídica não pereçam, dando lugar à insegurança na aplicação jurisdicional dos mandamentos legais” (*Instituições de direito processual civil*, atual. por Ovídio Barros Sandoval, Campinas: Millenium, 2000, v. 2, p. 296).

6. Cf. Cândido Rangel Dinamarco; Ada Pellegrini Grinover; Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 271.

7. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

Não se trata, como é perceptível, do formalismo abordado no presente estudo, qualificado como culto exagerado às formas. Na verdade, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira usa o termo “formalismo” como sinônimo de “forma em sentido amplo”, que implicaria o aspecto formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas também a identificação *dos poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais.⁸

2 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Conforme ensina Roque Komatsu⁹, o artigo 82 do Código Civil traça um panorama das nulidades em geral, tanto no direito material como no direito processual¹⁰, pois permite identificar os planos da existência, validade e eficácia

Os planos da existência, validade e eficácia, mencionados nesse dispositivo legal, podem ser usados para identificar as invalidades que ocorrerem, da seguinte forma: quando a lei fala em *agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei*, está querendo dizer que existem três níveis para se chegar à invalidade do ato, fato ou negócio jurídico.

O primeiro nível é o da existência, e requer a presença de um *agente*, de uma *forma* e de um *objeto*. Preenchidos esses três requisitos, podemos afirmar que o ato existe.

No segundo nível, deve-se observar se o agente é *capaz*, se a forma é *válida* e, por fim, se o objeto é *lícito*. Se esses requisitos forem observados, então podemos afirmar que o ato é válido.

8. Ibidem, p. 6-7. Para Giuseppe Chiovenda, todavia, a forma em sentido estrito compreende, também, “*determinate condizioni di luogo, di tempi, de mezzi d'espressione*” (*Principii di diritto processuale civile*, 4. ed., Napole: Jovene, 1928, v. 1, p. 662-663).

9. *A invalidade no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29-40. Ver, também, Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000).

10. As regras sobre nulidades, na verdade, são regras de *sobredireito*, tal como ensina Galeno Lacerda (*Despacho saneador*, Porto Alegre: La Salle, 1953).

O último nível diz respeito à *eficácia* do ato, ou seja, a aptidão que o ato deve ter para produzir efeitos, pois um ato pode existir e ser válido, mas não ter aptidão para produzir efeitos, tal como um testamento, que só produzirá efeitos após a morte do testador, ou uma sentença que não chegou ao conhecimento das partes.

Assim, por exemplo, um ato pode existir, ser válido, mas não ter eficácia, como também pode existir e não ter validade, por estar em desconformidade com o modelo estabelecido pela lei.

3 VÍCIOS EXTRAFORMAIS (CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS)

Partindo dos pressupostos já traçados, acerca dos planos da existência, da validade e eficácia, podemos analisar os vícios propriamente ditos.

Antes, porém, é preciso distinguir os vícios *formais* dos vícios *extraformais*.

No plano material, dada a natureza estática das relações que engloba, fica fácil entendermos que, se não forem observados os requisitos legais, pode ocorrer a nulidade, a anulabilidade ou a mera irregularidade de um ato jurídico, conforme o caso.

No plano processual, todavia, as soluções não são tão simples.

Basta imaginarmos, inicialmente, que as relações jurídicas de direito processual não são estáticas. Ao contrário, são bastante dinâmicas, marcadas por uma sucessão de atos, onde os atos antecedentes condicionam a validade dos atos subseqüentes.

Além dessa diferença, que é importante, várias outras particularidades existem.

A primeira delas consiste na necessidade de um reconhecimento judicial, sem o qual o ato processual viciado continua produzindo efeitos.

Ao invés, no direito material, quando se tratar de nulidade absoluta, a existência desta independe de reconhecimento judicial.

É por isso que, na hipótese de reconhecimento judicial de uma nulidade, deve o juiz decretar quais os outros atos que foram atingidos pela nulidade (art. 249 do CPC).

Convém esclarecer também que, no âmbito processual, só se pode cogitar de nulidades decorrentes de atos praticados pelo juiz.

Quanto aos atos das partes, seria desnecessária a invalidação, simplesmente porque sempre dependem de uma decisão judicial que os recepcione. Somente essa decisão judicial é que produz efeitos.

Logo, como foi a decisão judicial o ato que produziu efeitos, no caso de nulidade é esse ato que deve ser anulado, não o ato praticado por uma das partes, ou por ambas.¹¹

Só existe uma possibilidade de se pleitear a anulação de um ato praticado pelas partes. Como se sabe, aqueles atos que veiculam um acordo de vontades ou uma declaração unilateral de vontade comportam mera homologação judicial. Esses atos, que só são considerados judiciais porque foram praticados em juízo (*verbi gratia*, um acordo feito em audiência), se submetem a um *regime próprio de anulabilidade*, previsto no artigo 486 do Código de Processo Civil (ação anulatória).¹²

11. "Não se fala em nulidades dos atos da parte. São outras as técnicas pelas quais da invalidez se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente (...). Os atos da parte, quando defeituosos, não são qualificados como nulos, mas de igual modo deixam de produzir os efeitos programados, ou seja, eles são ineficazes. Chega-se à sua ineficácia sem emprego da técnica das nulidades, mas de todo modo a consequência é sempre a ineficácia" (Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, inédito). Ainda, segundo o mesmo autor, "não existe nulidade de pleno direito no sistema processual, dada a qualificação deste como ramo do direito público" (ibidem).

12. "Conforme indicado, é preciso determinar quais os atos impugnáveis por meio da referida *ação* (anulatória). Aceita-se como certa a premissa - generalizada na doutrina pátria - de que os atos anuláveis são aqueles praticados *pelas partes*, entendendo-se *judiciais* tão-somente no sentido de serem praticados em juízo: são os atos que não dependem de sentença e aqueles aos quais segue-se sentença homologatória" (Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 80). Nesse sentido, v. Berenice Soubhie Nogueira Magri, *Ação anulatória - Art. 486 do CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Os vícios que dizem respeito aos agentes da relação jurídica pro-cessual, ou ao objeto, são tratados pelo sistema processual como sendo vícios *extraformais*, ou seja, aqueles que não estão relacionados com a forma, propriamente dita, do ato em si.

Para entendermos melhor a complexidade dessas afirmações, é preciso termos em mente que o sistema processual, quando o vício se refere aos *agentes* da relação jurídica processual (partes), ou ao *objeto* da relação jurídica processual (o pedido de tutela jurisdicional), prefere tratá-los como *vícios extraformais*, que são as condições da ação e os pressupostos processuais.¹³

A doutrina italiana costuma estabelecer a distinção entre requisitos extraformais relativos ao juiz (competência e jurisdição) e requisitos extraformais relativos às partes (legitimação e interesse para agir, capacidade para ser parte e capacidade processual).¹⁴

Cada uma dessas categorias (dos requisitos extraformais) possui uma gama enorme de particularidades, que escapam aos objetivos propostos neste trabalho. Por esse motivo, deixamos de abordá-las.

Trataremos apenas dos vícios relativos à forma dos atos processuais que, como o próprio nome já diz, são os *vícios formais*.

13. Ver, nesse sentido, José Maria Tesheiner, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30. José Joaquim Calmon de Passos foi bastante explícito neste ponto: "Ao lado dos pressupostos processuais, que dizem respeito estritamente aos sujeitos da relação processual e a seu objeto, há fatos relativos ao procedimento que impedem o desenvolvimento da relação processual" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 277). Na doutrina italiana, v. Michele Fornaciari, *Pressuposti processuali e giudizio di merito*, Torino: Giappichelli, 1996. Sobre condições da ação, por todos, v. Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1957, v. 1, p. 40 e ss. Para uma opinião sobre o tratamento dado, no sistema brasileiro, ao regime das condições da ação, v. Fábio Gomes, *Carência de ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

14. Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napole: Jovene, 1999, p. 267-337.

4 VÍCIOS FORMAIS (NULIDADES)

Se no direito material existem problemas para se chegar ao entendimento de que um ato seria nulo ou anulável¹⁵, no direito processual, mais complexos ainda são esses problemas.

Como se sabe, o ato absolutamente nulo, no direito material, não depende de reconhecimento judicial para existir, enquanto que o ato anulável só pode ser desconstituído judicialmente (exceção feita aos atos administrativos, pois a Administração Pública tem o poder de reconhecer a nulidade de um ato administrativo, unilateralmente, sem precisar recorrer ao Judiciário).

No direito civil, o ato nulo deve ser conhecido de ofício pelo juiz (art. 145 do CC), e a sentença que o reconhece tem cunho declaratório, operando *ex tunc*.

Também é comum encontrarmos a afirmação de que os atos anuláveis não podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, e seu reconhecimento, em juízo, depende de uma sentença de cunho desconstitutivo.

Todavia, no âmbito processual, devemos afastar a classificação que divide os atos em nulos e anuláveis.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, não se deve transpor, *tout court*, a linguagem do direito privado acerca dos atos nulos e dos atos anuláveis, para o processo civil.

Quem assim o fizer, concluirá que todo ato processual viciado é anulável, pois todos dependem de reconhecimento judicial para existir, e a questão da retroatividade ficaria mitigada pela possibilidade (dever) que o juiz tem de salvar os atos que não foram atingidos pela nulidade. Não existiriam, assim, atos nulos em direito processual.¹⁶

15. Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit. supra.

De fato, se as nulidades, em direito processual, não operam *ipso iure*, por dependerem sempre de um reconhecimento judicial, então todos os casos seriam de nulidade relativa.

Mas essa terminologia é equivocada. No dizer de Cândido Rangel Dinamarco, seria uma equivocada assimilação conceitos e métodos privatísticos, no campo de um ramo jurídico que é eminentemente público.¹⁷

Ainda, segundo o mesmo processualista, como os defeitos do ato não o impedem de produzir efeitos (ou, em outras palavras, ter eficácia) e é necessário que uma decisão judiciária os neutralize, melhor seria falar em “*anulação do ato viciado*”. O nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa.¹⁸

A anulação do ato viciado, como veremos a seguir, comporta gradações.

4.1 Desvantagens da adoção, pelo sistema processual, de um rol taxativo de nulidades

No sistema processual português, as nulidades são classificadas em *principais* e *secundárias*, sendo que as primeiras estão enumeradas na lei (arts. 193º, 194º, 198º, 199º e 200º do CPC português), e se referem a “ineptidão” da petição inicial, a falta de citação, seja do réu, seja do Ministério Público quando deva intervir como parte principal; o erro na

16. *Instituições de direito processual civil*, inédito.

17. *Ibidem*. Essa opinião, porém, não é unânime, pois muitos processualistas adotam a terminologia comum, afirmando que existem atos nulos e atos anuláveis no direito processual. Nesse sentido, v., por exemplo, Humberto Theodoro Júnior (As nulidades no Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 42-43, abr./jun., 1983.).

18. *Ibidem*. É a técnica adotada no direito italiano. Nesse sentido: “*In realtà, il legislatore processuale, in primo luogo - e come stiamo per vedere - non ha affatto richiamato né utilizzato la contrapposizione concettuale, propria del diritto sostanziale, tra nullità e annullabilità, preferendo invece configurare una particolare nozione della nullità specificamente propria per il diritto processuale civile, e cioè una nozione di nullità che ricomprende anche alcuni caratteri propri dell'annullabilità*” (Cf. Crisanto Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino: Giappichelli, 2000,

forma de processo; e a falta de vista ou exame do Ministério Público, quando deva intervir como parte acessória.¹⁹

Para todos os outros casos, o Código de Processo Civil português adotou uma forma aberta, i.e., deixou de especificar as hipóteses em que a nulidade deveria ocorrer, condicionando, porém, o reconhecimento da nulidade aos casos em que for “relevante” esse reconhecimento.²⁰

O Código de Processo Civil italiano (arts. 156 a 162), mais avançado, embora disponha que a nulidade não possa ser declarada, por inobservância de forma, se esta não estiver prevista em lei (art. 156, primeira parte), permite a decretação da nulidade, quando faltarem requisitos formais indispensáveis para que o escopo seja atingido, salvo se este for alcançado (respectivamente, segunda e terceira parte do dispositivo mencionado).

Com isso, o legislador italiano evitou a enumeração taxativa, deixando para a doutrina a classificação, diante do caso concreto, do melhor regime a ser adotado (nulidade absoluta, relativa ou mera irregularidade).²¹

Em nosso país, apenas o Código de Processo Penal comete esse equívoco, ao querer apresentar um rol taxativo das nulidades (art. 564).

O sistema taxativo, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, possui dois grandes inconvenientes. O primeiro consiste em enrijecer o sistema, considerando nulo um ato que atingiu o objetivo para o qual estava voltado. O segundo trata da possibilidade, teratológica, de se considerar um ato

v. 1, p. 424).

19. Cf. Antunes Varela et alii, *Manual de processo civil*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 388.

20. “Todos os demais casos de desvio na prática (ou omissão) de acto processual constituirão nulidades secundárias, desde que relevantes. São relevantes, segundo o critério estabelecido, quando a lei *especialmente o declare* ou *quando possam influir no exame ou na decisão da causa*” (ibidem, p. 391).

21. “*Il legislatore ha pure evitato di servirsi esplicitamente di quelle diverse nozioni che stanno per così dire ai confini della nullità; da un lato, quella della c.d. semplice irregolarità e, dall’altro lato, quello della c.d. inesistenza, lasciando alla dottrina il compito di indicare in queste due nozioni i fenomeni di ciò che è meno della nullità, e rispettivamente, di ciò che è più della nullità, o che*

nulo, que não atingiu perfeitamente os seus escopos, como válido, pelo simples fato de que esse ato não consta no rol dos atos que devem ser considerados nulos. Nos dois casos, o problema mais visível é o da inobservância dos fins para os quais o ato estava voltado.²²

Enrico Tullio Liebman já alertava para esse problema, afirmando que não se pode determinar a consequência da inobservância de forma, sem atentar para o dano ocorrido. Esse dano, ensina Liebman, deve ser analisado conforme as particularidades de cada caso.²³

Seguindo a boa técnica, nosso Código de Processo Civil, nos moldes do sistema italiano, adota o sistema aberto (art. 243 e ss.), e raramente comina de nulidade a inobservância de forma do ato processual (por exemplo, art. 236, § 1º).

Aliás, mesmo nos casos de nulidade cominada, como, por exemplo, a falta de citação (art. 214), se o ato atingiu os escopos para os quais estava determinado, não se pode falar em nulidade, em decorrência do elevado grau de flexibilidade do sistema de nulidades.

4.2 Nulidades e regras de interesse público

Conforme ensina Roque Komatsu, o ato nulo é o que se pratica com infração de preceito legal de ordem pública, ou de normas imperativas. E ato anulável é o que se pratica em desobediência a normas que protegem especialmente certas pessoas, e tutelam a vontade do agente contra os vícios que podem distorcê-las.²⁴

ne constituisse l'aspetto più intenso" (Cf. Crisanto Mandrioli, op. cit. p. 424).

22. *Instituições de direito processual civil*, inédito.

23. "È un grave problema di politica legislativa quello di determinare le conseguenze dell'inosservanza delle forme (...) non si può dimenticare il danno derivante in ogni caso dall'annullamento di un atto." (Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, op.

Segundo esse processualista, a nulidade absoluta caracteriza-se por ser imediata, incurável e perpétua, enquanto que a nulidade relativa teria outras características: é diferida, é sanável e é provisória.²⁵

Como se pode observar, o fator que possibilita a diferenciação entre as nulidades absolutas e as relativas é o *interesse público*.

Esse mesmo fator, em outras palavras, determina a indisponibilidade da forma, nos casos de nulidade absoluta, e a disponibilidade, nas relativas.²⁶

Na verdade, a nulidade relacionada com as regras de interesse público produzem, *ictus oculi*, uma redução das garantias das partes (v. supra, a forma como fator de segurança), “que torna perigosa a sua subsistência”.²⁷

Jaime Guasp, processualista espanhol, explica bem a diferença entre os atos nulos e os atos anuláveis. Para esse doutrinador, a nulidade é absoluta quando falta um requisito tão grave que qualquer pessoa, em qualquer tempo e de qualquer forma, pode argüir a nulidade. Já as nulidades relativas são aquelas afetadas por um vício menos grave, e somente algumas pessoas, em determinado tempo e de forma específica, podem provocar a ineficácia do ato.²⁸

4.3 Atos processuais irregulares

Francesco Carnelutti afirma que nem todos os requisitos dos atos processuais têm a mesma relevância, pois os elementos de sua estrutura podem ser *necessários* ou simplesmente *úteis*.²⁹

cit., p. 213-214).

24. *Da invalidade no processo civil*, op. cit., p. 199.

25. *Ibidem*, p. 200.

26. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições*, inédito. Afirma este doutrinador que “por três aspectos, portanto, diferenciam-se as nulidades absolutas e as relativas: a) pela razão política que está a base da disciplina de cada uma dessas espécies, (b) pela conseqüente discriminação dos casos em que a nulidade é absoluta e casos em que é relativa e (c) pelo tratamento mais severo endereçado àquela que a esta” (*ibidem*).

27. Cf. Eduardo J. Couture, *Fundamentos do direito processual civil*, Trad. Benedicto Giacobini, Campinas: Red Livros, 1999, p. 302. No dizer de Teresa Arruda Alvim Wambier, as nulidades absolutas “são vícios insanáveis, pois que maculam irremediavelmente o processo” (*Nulidades do processo e da sentença*, 4. ed., 2. tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 196).

Tal distinção, segundo o eminente doutrinador italiano, corresponderia à distinção entre vícios essenciais e vícios acidentais.

José Frederico Marques afirma que “ato processual irregular é aquele afetado por pequenos vícios de forma que em absoluto afetam a sua validade”.³⁰

Para Calmon de Passos, ato irregular é o ato típico eficaz, o ato defeituoso que não sofreu a sanção de ineficácia, e tem em comum com o ato regular a produção de efeitos que lhe são próprios.³¹

Esse doutrinador rejeita a classificação de Carnelutti, afirmando que, se fosse assim, estaria aberta a possibilidade de se estabelecer, previamente, quais os defeitos que seriam merecedores de um ou outro dos qualificativos de irregularidade ou de nulidade, quando, na verdade, somente diante do caso concreto é que se poderia afirmar que um ato é nulo ou irregular.

Antonio J. Dall’Agnol Júnior, estudando essa controvérsia, afirma que não se pode confundir *defeituosidade* com *irregularidade*, pois não só os atos irregulares, mas também os viciados, podem atingir a finalidade para a qual estavam voltados, e, assim, permanecerem no processo.³²

Nesse passo, segundo o mesmo doutrinador, a importância da distinção entre irregularidade e nulidade situa-se justamente no discrimine, pois não seria permitido ao julgador adotar qualquer entendimento no sentido do desfazimento do ato.

Por último, afirma Antonio J. Dall’Agnol Júnior que a irregularidade está relacionada com um *vício no comportamento* do agente, e não com a estrutura do ato em si, como, por exemplo, a obrigatoriedade de uso de

28. Cf. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, 4. ed., Madrid: Civitas, 1998, v. 1, p. 272-274.

29. *Sistema di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, v. 3, 1936, p. 214 e 561.

30. *Instituições de direito processual civil*, op. cit. p. 382.

31. *A nulidade do processo civil*, Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

tinta escura e indelével (art. 189 do CPC), ou a ausência de rubrica e numeração de folhas pelo escrivão (art. 167).

Roque Komatsu, a respeito do tema irregularidades, acrescenta que a pertinência de um vício, a uma ou outra espécie (irregularidade ou nulidade), depende sempre da avaliação discricionária do legislador, a respeito de sua gravidade.³³

As imperfeições processualmente irrelevantes (*rectius*: irregularidades), portanto, podem não produzir conseqüência alguma, ou simplesmente acarretar a responsabilidade civil ou punições disciplinares a juízes, auxiliares da justiça, partes, ou mesmo ao advogado (v. g., arts. 22, 133, inc. II, 144, I, do CPC), mas, de qualquer modo, todas elas têm em comum a irrelevância, em relação à irregularidade do ato em si mesmo ou do procedimento como um todo.³⁴

Um bom exemplo de ato meramente irregular, no ordenamento jurídico pátrio, está na regra prevista no artigo 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Consta, nesse dispositivo, que o juiz não pode proferir sentença “ilíquida” quando o pedido for certo.

O dispositivo está voltado para um determinado comportamento do juiz, e não para a estrutura do ato em si, pois é perfeitamente possível a existência de uma sentença “ilíquida”, mas, apenas nesse caso, o juiz não deve *agir* assim.

Se o fizer, terá praticado um ato meramente irregular, que não comporta anulação, por se tratar de mera irregularidade.³⁵

32. Para um conceito de irregularidade processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 15, out./dez., 1990.

33. *Da invalidade no processo civil*, op. cit. p. 167.

34. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, inédito.

35. Nesse sentido: “O enunciado do art. 459, parágrafo único, do CPC, deve ser lido em consonância com o sistema que contempla o princípio do livre convencimento (art. 131), de sorte que, não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação” (STJ - 4ª Turma, REsp n. 49.445-1/SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. 12.12.1994, não conheceram, v. u., *DJU*, de 13.3.95,

5 A CLASSIFICAÇÃO DE SALVATORE SATTA

Esse doutrinador italiano adota uma terminologia, para tratar das hipóteses em que as nulidades *não* devem ser conhecidas, que entendemos bastante proveitosa ao nosso estudo.

Afirma Salvatore Satta que existem *limitações* ao reconhecimento das nulidades no campo processual, e que as limitações são de duas ordens: subjetivas e objetivas.³⁶

Essa classificação nos parece bastante conveniente, porque expõe, previamente, a noção de instrumentalidade das formas e de irrelevância das nulidades, quando o fim tiver sido atingido. Quando se fala em *limitações* à declaração de nulidade, já se traduz a idéia de preservação dos atos praticados no processo e, em conseqüência, de aproveitamento máximo dos esforços e do tempo dispendidos pelas partes e pelo juiz.

Corretíssimo, portanto, classificarmos como sendo de cunho *limitador* as regras que versam sobre nulidades.

As limitações de ordem subjetiva, segundo Salvatore Satta, são as seguintes: que exista um interesse, decorrente de um dano; que o interessado se manifeste no primeiro momento possível; que o interessado não tenha dado causa a essa nulidade e, por último, que não tenha havido renúncia expressa ou tácita.

Já as limitações de ordem objetiva, para o mesmo doutrinador, consistem em: limites externos ao ato nulo (a nulidade de um ato não importa a nulidade dos atos precedentes, nem a dos subseqüentes, que dele foram independentes), e limites internos do ato nulo (a nulidade de uma parte do ato não atinge as outras partes que sejam independentes).

p. 5.304, 1ª col., apud Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 27. ed., São Paulo:

Essa classificação, que em virtude de sua clareza dispensa maiores comentários, pode ser aplicada, sem reservas, ao nosso sistema de nulidades, que é bastante parecido com o sistema italiano.

6 PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA

6.1 Princípio da instrumentalidade das formas (ou da finalidade)

Trata-se da visão endoprocessual do princípio da instrumentalidade do processo.³⁷

O artigo 244 do Código de Processo Civil consagra este princípio quando expressa que, se a finalidade for atingida, não se decreta a nulidade.

Esse é o espírito do princípio da instrumentalidade das formas. Não devemos considerar a forma como um fim em si mesmo, mas sim como algo voltado à obtenção de resultados. Se os escopos foram atingidos, não há que se falar em nulidade.

Rui Portanova prefere a denominação “princípio da finalidade”, mas, não obstante a diferença terminológica, atribui a esse princípio exatamente o mesmo sentido que atribuímos.³⁸

Na doutrina italiana, é dada muita ênfase a esse entendimento, em decorrência do espírito prático adotado pela legislação daquele país, mais

Saraiva, 1996, p. 328).

36. *Diritto processuale civile*, Padova: CEDAM, 2000, p. 243.

37. “A instrumentalidade do direito processual ao substancial e do processo à ordem social constitui uma diretriz a ser permanentemente lembrada pelo processualista e pelo profissional, para que não seja subvertida a ordem das coisas, nem feitas injustiças em nome de um injustificável culto à forma” (Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, 2000, p. 73).

38. “Se o ato processual for praticado por forma diversa da estabelecida em lei, e mesmo assim atingir a finalidade a que ele se destina, deve ser considerado válido” (Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 187). Na doutrina italiana, v. Elio Fazzalari, que afirma que “*ogni atto del processo è adibito al fine pratico di provocare e*

preocupado com a obtenção de resultados do que com o formalismo do processo.³⁹

Enrico Tullio Liebman afirma que a invalidade de um ato não pode decorrer da simples inobservância da forma, mecanicamente, mas sim da relação entre o vício e o escopo do ato, em virtude do princípio da instrumentalidade das formas.⁴⁰

Interessante lembrarmos a opinião de Enrico Redenti. Esse doutrinador, acerca do tema em questão, também afirma que, se os escopos foram atingidos, não se pode cogitar da nulidade do ato. Mas, questiona Redenti, quais seriam esses escopos? Ora, ensina o mestre, não pode ser o escopo do agente, que praticou o ato, mas sim o escopo proposto pela lei que estabeleceu a formalidade. Concordamos plenamente com essa opinião, pois a vontade do agente, na prática dos atos processuais, não pode ser outra, senão a prevista na lei.⁴¹

6.2 Princípio do prejuízo (ou da transcendência)

Trata-se da aplicação da máxima *pas de nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo.

Não basta a alegação de que ocorreu o prejuízo. Quem alegar deve provar, convincentemente, que teve prejuízo com essa situação.⁴²

rendere possibili le condotte successive: se tale scopo è raggiunto, non avrebbe senso (anulare) l'atto" (Istituzioni di diritto processuale, 8. ed., Padova: CEDAM, 1996, p. 442).

39. "La disciplina della nullità per vizi inerenti a requisiti di forma-contenuto è pertanto quanto di più antiformalistico si possa immaginare: e questo perchè è fondata tutta sul principio della strumentalità delle forme rispetto allo scopo" (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3. ed., Napole: Jovene, 1999, p. 234).

40. "La nostra legge, innovando profondamente, ha posto come direttiva principale nella disciplina delle nullità il principio della strumentalità delle forme, che subordina l'invalidità di un atto processuale non alla semplice inosservanza della forma, meccanicamente rilevata, ma al rapporto - accertato caso per caso - tra il vizio e lo scopo dell'atto e sancendo la nullità soltanto quando l'atto, per effetto del vizio, non abbia potuto conseguire il suo scopo, in modo da salvare quel che fu fatto nella misura massima consentita dalle esigenze tecniche del processo." (Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit., p. 214).

41. Cf. Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, 4. ed., Milano: Giuffrè, 1995, v. 1, p. 257.

42. "Requer-se que quem invoca o vício formal alegue e demonstre que tal vício lhe produziu um

Esse princípio está intimamente relacionado com o princípio da instrumentalidade das formas.

Se um ato processual, apesar de ter sido praticado em desconformidade com o modelo legal, atingiu a sua finalidade, não podemos falar em nulidade.

E se, além disso, não houve prejuízo para a parte interessada, com muito maior razão não será possível ao julgador reconhecer a nulidade do ato.

Eduardo Couture, sugestivamente, afirma que o entendimento contrário faria com que o processo voltasse a ser, “como se disse que foi nos seus primeiros tempos, *uma missa jurídica*, alheia às suas atuais necessidades”.⁴³

6.3 Princípio da convalidação

No direito processual civil, toda nulidade relativa, em princípio, fica sanada pelo consentimento.⁴⁴

Esse consentimento a que se refere Couture é, na verdade, na maioria das vezes tácito, e surge no processo, em decorrência de uma conduta omissa da parte que se sentiu prejudicada pela nulidade.

Rui Portanova afirma que, se for constatada a existência de nulidade no processo, a parte tem o dever de acusá-la, na primeira oportunidade em que tiver de se manifestar nos autos.⁴⁵

prejuízo certo e irreparável, que não pode sanar-se senão com o acolhimento da alegação de nulidade” (Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 241).

43. *Fundamentos do direito processual civil*, cit., p. 315. “Seria incorrer em excessiva solenidade e em vazio formalismo, fulminar de nulidade todos os desvios do texto legal, até mesmo aqueles que nenhum prejuízo acarretem” (ibidem).

Se não o fizer, o sistema processual considera que houve concordância tácita, impedindo o interessado de discutir a nulidade em outra oportunidade, por ter ocorrido a preclusão (art. 245 do CPC).

Existem, todavia, limites a esse princípio.

Roque Komatsu ressalta que esse princípio não se aplica, quando se tratar de atos inexistentes, nem, tampouco, quando se atacam atos afetados por vícios não formais.⁴⁶

Quanto às nulidades absolutas, observa esse processualista que somente após o trânsito em julgado é que o vício se torna irrelevante, salvo em alguns casos, previstos pelo legislador como hipótese de ação rescisória (art. 485 do CPC), os quais, após o prazo do artigo 495, também não são mais suscetíveis de arguição.⁴⁷

Os atos inexistentes, afirma Cândido Rangel Dinamarco, não convalidam, porque não existem perante o direito. Mas podem, contudo, ser supridos ou substituídos por outro, como quando o juiz inclui um decisório na sentença antes desprovida dele, ou profere sentença condenando a um fazer *possível*, em lugar de outra que pretendia impor um resultado impossível.⁴⁸

6.4 Princípio da conservação

Lembrando a classificação de Salvatore Satta (supra, n. 5), este princípio cuida de utilizar todas as limitações possíveis para preservar a existência, validade e eficácia dos atos.⁴⁹

Rui Portanova, que classifica este princípio como sendo “princípio do aproveitamento”, afirma, corretamente, que o intérprete precisa ter em

44. Cf. Eduardo J. Couture, *Fundamentos do direito processual civil*, cit., p. 316.

45. *Princípios do processo civil*, op. cit., p. 194.

46. *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 242.

47. *Ibidem*, p. 245.

vista a maior preocupação do legislador para com a *salvação do processo*, relegando para um segundo plano as questões sobre *nulidades*.⁵⁰

Convém dizer que este princípio, por óbvio, não se aplica ao ato ilícito, pois não se concebe que o sistema tenha interesse em conservá-lo.

6.5 Princípio da causalidade

Segundo o artigo 248 do Código de Processo Civil, anulado um ato, todos os outros atos, que dele dependam, também seriam atingidos.

Este princípio está relacionado a natureza dinâmica da relação jurídica de direito processual, que é composta por uma sucessão de atos interligados, os quais não têm autonomia para subsistir fora do procedimento onde estão inseridos.

Importa verificar quais os atos que são, efetivamente, dependentes do ato anulado e, ainda, quais as partes do ato anulado que podem sobreviver (art. 248, segunda parte).

Essa *contaminação* dos atos válidos, pela nulidade de outros, decorre da *interligação* dos atos processuais, e é chamada de *efeito expansivo das nulidades*.⁵¹

Este princípio está intimamente relacionados com outros, tais como o princípio da instrumentalidade das formas e o princípio da conservação, supra referidos.

48. *Instituições de direito processual civil*, inédito.

49. Ver, também, Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, op. cit., p. 247.

50. *Princípios do processo civil*, op. cit., p. 190, onde o autor ressalta que essa lição é, na realidade, de Pontes de Miranda, e foi percebida também por Rogério Lauria Tucci, que observa, neste ponto, que “o legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar o processo”.

51. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, inédito. Nesse sentido, v. Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Teoria geral do processo*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 290. Teresa Arruda Alvim Wambier afirma, nesse ponto, que “o processo é um conjunto de atos concatenados e interdependentes. Portanto, se um ato for nulo, este vício tem como consequência a mácula de todo um segmento

Aliás, subjacente a todos os princípios que disciplinam o sistema das nulidades processuais está, mesmo, o princípio da economia processual.⁵²

7 CONVALIDAÇÃO DO ATO PROCESSUAL

Como já vimos, o ato judicial nulo depende sempre de um decisão que o reconheça, dada a presunção de validade de que gozam os atos estatais em geral.⁵³

Quando se tratar de nulidade relativa, então, a falta de argüição tempestiva (*rectius*: argüição no primeiro momento em que a parte tiver de se manifestar nos autos) acarreta a preclusão dessa faculdade processual, conforme dispõe o artigo 245 do Código de Processo Civil, salvo legítimo impedimento (parágrafo único do art. 245).

Nesse passo, a nulidade relativa estará convalidada.

Para os casos de nulidade absoluta, em regra, quando passada em julgado a sentença de mérito, sem que tenha havido discussão, também não se poderá mais discuti-la.

As exceções a essa regra encontram-se previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, e, mesmo assim, desde que a ação rescisória seja proposta no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado.

A eficácia da decisão que reconhece a nulidade de um ato processual é *ex tunc*, tendo natureza desconstitutiva, ou seja, desconstitui-se o ato como se ele nunca tivesse tido eficácia (art. 249 do CPC).⁵⁴

Interessante situação encontra-se prevista no artigo 741, inciso I, do Código de Processo Civil. Trata-se da possibilidade de ser argüida a nulidade ou falta da citação em sede de embargos à execução, se o réu foi

processual que lhe (ao ato nulo) segue, e que daquele depende" (*Nulidades do processo e da sentença*, op. cit., p. 143).

52. Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, op. cit., p. 254.

considerado revel, durante o processo de conhecimento. Essa hipótese, como se pode intuir, não se sujeita à convalidação, mesmo após o prazo de dois anos.⁵⁵

8 CONCLUSÕES

a) A forma é sempre necessária, principalmente como fator de garantia das pessoas envolvidas, contra abusos e desvios de poder.

b) O formalismo, considerado como culto exagerado às formas, deve ser repudiado, porque considera a forma como um fim em si mesmo, sem atentar para os valores que, efetivamente, merecem ser resguardados.

c) Faz parte da teoria geral do direito o entendimento de que todo ato jurídico, tanto de direito material, como de direito processual, possui três planos: existência, validade e eficácia. O primeiro diz respeito à existência de um *agente*, de uma *forma* e de um *objeto*, enquanto que o segundo exige, para a validade do ato, que o agente seja *capaz*, que a forma seja *válida* e que o objeto seja *lícito*. O último, mas não menos importante, exige que o ato tenha *eficácia*, ou seja, aptidão para produzir efeitos.

d) Vícios extraformais são aqueles relacionados com as pessoas que participam da relação jurídica processual (as partes) e com objeto dessa relação jurídica (o pedido), e são chamados de condições da ação e pressupostos processuais.

e) Os vícios formais são aqueles que dizem respeito, obviamente, à forma dos atos praticados no processo.

53. *Ibidem*, p. 279.

54. *Ibidem*, p. 280.

55. "Hipótese sem dúvida mais delicada é a da sentença que padece de vício decorrente da falta ou nulidade de *citação*, sabida a importância vital deste ato, de cuja regularidade depende a validade – quiçá a própria existência – do processo" (Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 81).

f) Não há vantagens na adoção, pelo sistema, de um rol taxativo de nulidades, por dois motivos: porque torna rígido demais o sistema, dando por nulo um ato praticado, sem atentar para a existência de prejuízo. Além disso, pode chegar ao absurdo de considerar válido um ato nulo, que causou prejuízo, pelo simples fato de que ele não consta no rol daqueles que devem ser considerados nulos.

g) A principal diferença entre nulidades absolutas e nulidades relativas está na essência das regras que foram violadas. Se essas regras versarem sobre assuntos de interesse público, então a nulidade é absoluta, ao invés, se regras de interesse privado foram violadas, a nulidade será relativa.

h) Os atos irregulares são aqueles relacionados com o comportamento das partes, que estaria em desconformidade com o modelo previsto na lei, mas não com a estrutura do ato em si, de modo que não podem provocar conseqüências importantes para o processo.

i) As regras que disciplinam as nulidades devem ser encaradas, sempre, como *limitações* ao reconhecimento destas, porque o mais importante é procurar *salvar* o processo, com o máximo aproveitamento possível dos atos praticados, salvo, evidentemente, que tenham sido violadas regras de interesse público.

j) Os princípios que regem o sistema das nulidades, de um modo geral, estão informados pelo princípio da economia processual, que envolve, ao menos no campo das nulidades, todos os outros princípios.

l) Só os atos praticados pelo juiz é que produzem efeitos e que podem, portanto, ser cominados de nulidade. Os atos praticados pelas partes se submetem, *tout court*, à necessidade de serem recepcionados por um ato judicial. Assim, considerando-se ainda que a nulidade processual produz efeitos enquanto não reconhecida judicialmente, temos que, no caso de nulidades relativas, a falta de argüição, no primeiro momento possível, produz a convalidação do ato nulo.

m) Quanto aos atos absolutamente nulos, o sistema é mais flexível, no que diz respeito ao momento da argüição, mas o trânsito em julgado impede novas discussões. As exceções encontram-se previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, que admite novas discussões, após o trânsito em julgado, mas desde que no prazo de dois anos.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

_____. *A nulidade do processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napole: Jovene, 1928.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: Red Livros, 1999.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio. Para um conceito de irregularidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 15, out./dez., 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

———. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

———. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 3 v. (À época em que o artigo foi escrito, esta obra se encontrava no prelo. Assim, as citações deste texto foram extraídas do original, ainda inédito).

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FORNACIARI, Michele. *Pressuposti processuali e giudizio di merito*. Torino: Giappichelli, 1996.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Civitas: Madrid, 1998. v. 1.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. v. 1.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória – art. 486 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. Turim: Giappichelli, 2000. v. 1.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1ª edição atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000. v. 2.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napole: Jovene, 1999.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1995. v. 1.
- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 2000.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 38, abr./jun. 1983.
- TOMMASEO, Ferruccio. *Appunti di diritto processuale civile*. 4. ed. Turim: Giappichelli, 2000.
- VARELA, Antunes et alii. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1985.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

A EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO: AÇÕES EM QUE É ADMITIDA E OS EFEITOS DO ACOLHIMENTO¹

Jefferson Carús Guedes*

Sumário: 1 Introdução; 2 Ações onde pode ser oposta a exceção de usucapião; 2.1 Ação reivindicatória; 2.2 Ação de imissão de posse; 2.3 Ação demarcatória; 2.4 Ação divisória; 2.5 Ações possessórias; 2.5.1 Proibição da exceção de domínio (art. 923 do CPC) nas ações possessórias; 2.5.2 O artigo 923 do CPC e a exceção de usucapião; 2.6 Outras ações em que se tem admitido a exceção de usucapião; 2.6.1 Ação de despejo; 2.6.2 Ações de inventário e arrolamento; 2.6.3 Ação de desapropriação; 2.6.4 Ação de embargos de terceiro; 2.6.5 Ação de usucapião; 2.6.6 Ações ordinárias; 2.6.7 Ações para reaver posse ou domínio de bens móveis; 3 Efeitos do acolhimento da exceção de usucapião.

* Advogado da União em São Paulo, Mestrando em Processo Civil da PUC/SP e Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.

1. O presente artigo é capítulo de monografia *Exceção de usucapião*, apresentada no Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC/RS, escrita sob a orientação do Professor Ovídio A. Baptista da Silva, e publicada em 1997 pela Livraria do Advogado (Porto Alegre-RS), com prefácio de José Carlos Teixeira Giorgis. Esta versão foi corrigida, ampliada, atualizada e acrescida de novas decisões da jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios do direito romano, era admitida a *usucapio* como forma de aquisição de bens pela posse continuada, conforme prazo previsto na lei. A *praescriptio longi temporis*, instituto diverso da *usucapio*, não ia além do meio de defesa contra as investidas reivindicatórias do proprietário e, adstrita às ações reivindicatórias, perdurou por longos anos, até o estabelecimento da igualdade entre os *civitas* e os não-romanos e a indistinção entre fundos situados ou não na península.

A fusão entre institutos romanos absolutamente distintos (*usucapio* e *praescriptio longi temporis*) legou ao porvir a plausibilidade de se opor o usucapião como *meio de defesa* nas demandas do proprietário reivindicante.

O domínio romano na Lusitânia, lá deixou a língua e as leis, onde será reencontrada a *longissimi temporis praescriptio*, já como forma de aquisição da propriedade, interseção terminológica patrocinada pelas compilações de Justiniano, e não mais somente como defesa nas ações reivindicatórias. Das terras portuguesas, passou ao Brasil pela incorporação, desde a fase colonial, das normas da metrópole.

Na atualidade, ampliam-se as possibilidades quanto à admissão da exceção de usucapião em diversas demandas, recepcionada como resposta do réu nas reivindicatórias, demarcatórias, divisórias, possessórias e de imissão de posse e, em menor escala, em outros procedimentos, como, por exemplo, na ação de despejo.

Essa tendência à recepção da exceção nas mais variadas demandas deve ser interpretada como exame da amplitude de defesa permitida em cada processo, procedimento ou ação, ou seja, quanto mais ampla for a atividade do réu em cada uma dessas demandas onde é oposta – excluídas as sumarizações materiais² possíveis nos procedimentos –, incontáveis serão as hipóteses de admissibilidade do usucapião como meio de defesa.

2. Sobre sumarização material das demandas, ver Ovídio A. Baptista da Silva, *Procedimentos especiais: exegese do CPC*, p. 47.

Acrescente-se a isso a exigüidade dos prazos constitutivos do usucapião – 3 anos no usucapião ordinário de móveis; 5 anos no usucapião extraordinário de móveis; 5 anos no usucapião especial urbano e 5 anos no usucapião especial agrário; 10 anos no usucapião indígena³; 10 anos no usucapião ordinário de imóveis e 20 anos no usucapião extraordinário de imóveis – associada à valorização e importância desses bens na vida moderna.

São razões, por si, suficientes para se presumir e mesmo acreditar que tende a crescer a oposição do usucapião, seja de móveis ou de imóveis, pelos demandados das mais diversas ações.

2 AÇÕES ONDE PODE SER OPOSTA A EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO

De regra, e em parte amparada em razões históricas antes apontadas, a grande massa das ocorrências da *defesa indireta de mérito* baseada em usucapião situa-se nas demandas do *juízo petitorio*, *juízo divisório* e *juízo possessório*. Mais especificamente, no *juízo petitorio*, na ação reivindicatória e na ação de imissão de posse; no *juízo divisório*, na ação de demarcação e na ação de divisão, ou quando ambas são acumuladas; e no *juízo possessório*, cada vez com maior frequência, nas diversas modalidades possessórias, tanto de bens móveis, como de imóveis.

2.1 Ação Reivindicatória

A ação de reivindicação tem raízes remotíssimas, presentes já nos albos do direito romano, em suas fases inaugurais. Objetivava a vindicação da coisa, *rei vindicatio*.

O fundamento histórico, que legitima atualmente a oposição do usucapião

3. O usucapião indígena encontra-se previsto no artigo 33 da Lei n. 6.001, de 1973, (Estatuto do Índio), artigo 33: "O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho da terra inferior a 50 hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena."

como meio de defesa em variadas demandas, tem o antecedente remoto na oponibilidade da *praescriptio longi temporis* contra os intentos veiculados pela *rei vindicatio* do proprietário; o possuidor do bem reivindicado “reagia”, opondo a *praescriptio longi temporis*, mantendo-se na posse.

Por essa razão, não há óbice na doutrina e na jurisprudência, pelo menos hoje, à aceitação do usucapião como defesa na ação reivindicatória.

Já dissera Paula Baptista que a ação de reivindicação “compete ao senhor de qualquer coisa, quer seja proprietário perfeito, quer imperfeito ou limitado (como o emphyteuta, o usufructuario, o marido a respeito dos bens dotaes durante o matrimônio) contra o possuidor ou detentor (...)”.⁴

Busca o proprietário, com esta ação, a posse da coisa detida injustamente por outrem. O conceito de posse injusta não se ajusta ao do artigo 48 do Código Civil, porquanto a justiça ali mencionada faz referência à proteção possessória, não à reivindicatória.⁵

Pode ter como objeto tanto bens móveis, processada pelo *procedimento comum sumário*, artigo 275 do Código de Processo Civil, como de bens imóveis, processada pelo *procedimento comum ordinário*, tendo, em ambos os casos, amplitude *plenária* na discussão da prova, ou seja, sendo admitida toda a sorte de alegações ou defesas.

São legitimados ativos, como anotado anteriormente, os titulares do domínio, seja este pleno ou limitado. Resta, ainda, algum debate quanto à legitimidade do condômino e do enfiteuta. Resistem os tribunais⁶ em conceder legitimidade ao condômino de coisa indivisa, indicando a via da ação de divisão como pressuposto à busca da posse.

4. Francisco de Paula Baptista, *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com comercial*, § 11, p. 15-16.

5. Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 162. O professor meridional cita o exemplo do adquirente *a non domino* que, embora tendo o bem com posse não-violenta, não-precária e não-clandestina, se vê demandado pelo verdadeiro dono, sucumbindo na ação; no mesmo sentido, a posse do locatário, que locou de quem não tinha poderes para tanto.

6. Ovídio A. Baptista da Silva reputa injusta a solução aconselhada pelos tribunais, frente às disposições dos artigos 524 e 623, II, do Código Civil (*Curso de processo civil*, v. 2, p. 159-160). Entendendo materialmente impossível a execução da decisão ver *RJTJRS* 153/296.

Dentre os legitimados passivos para a ação de reivindicação, estão os possuidores “injustos” da coisa vindicada pelo proprietário.

Dessa polarização, onde em um lado instala-se o proprietário alijado da posse e, em outro, o possuidor não-proprietário, combinada com a plenitude de defesa permitida na ação reivindicatória, desponta a não rara possibilidade de defesa com amparo no usucapião.

Desde o direito pré-codificado, a doutrina admitia a exceção de usucapião nas ações reivindicatórias. Após a edição do Código Civil, instalou-se o dissenso, impondo uma das correntes ao reconhecimento prévio do usucapião como requisito à oponibilidade em defesa. Com essa linha, posicionaram-se Carvalho Santos e Dídimo de Veiga.⁷

O debate perdurou parcialmente, até que o STF pôs fim a ele, com a edição da Súmula n. 237: “O usucapião pode ser argüido em defesa”. Mesmo em tom lacônico, não permitiu o avanço da restritiva interpretação dos civilistas citados. Claro ficava que a sentença de reconhecimento do usucapião não antecedia, necessariamente, a validação desse meio de defesa noutra demanda. Reinante a paz, pelo menos quanto à ação reivindicatória, restou controversa a oponibilidade em outras ações, tema que anima ainda saudáveis debates, com clara tendência expansionista.

Na atualidade, são unânimes os autores⁸ que reconhecem a alegabilidade do usucapião em defesa, notadamente na ação reivindicatória.

A jurisprudência pacificou-se após a edição da súmula, sendo in-contáveis os acórdãos que recepcionam a tendência que predominou.

7. Aélío Paropat Souza, A exceção de domínio, in *Uma vida dedicada ao direito*, p. 105; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, art. 550, n. 12.

8. São concordes: Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao CPC*, v. 8, tomo 3, n. 455, p. 397; Clóvis do Couto e Silva, *Comentários ao CPC*, v. 11, tomo 1, n. 170, p. 183; Natal Nader, *Usucapião de imóveis*, p. 23-24; José Carlos de Moraes Salles, *Usucapião de bens móveis e imóveis*, p. 49 e 109-111; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 3, n. 1.351, p. 218-219; Tupinambá Miguel C. do Nascimento, *Usucapião*, p. 105 e 191-194; Néelson Luiz Pinto, *Ação de usucapião*, n. 4.14, p. 149-154; Néelson Luiz Pinto; Teresa Arruda Alvim Pinto, *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre usucapião*, p. 71, nota 79; Luiz Edson Fachin, *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, p. 49. Antes desses: Pontes de Miranda,

É de ser anotado, entretanto, o alerta contido na ementa que se segue: “se na reivindicação os litigantes se apresentam como proprietários é possível o reconhecimento do usucapião invocado pelo réu”.⁹ No caso em exame, a defesa do réu foi, embora também proprietário, a alegação do usucapião.

Não destoam mais, tanto tribunais como doutrinadores, quanto à oponibilidade da exceção de usucapião na reivindicatória.¹⁰

2.2 Ação de Imissão de Posse

A ação de imissão de posse era prevista entre os *processos especiais* do Código de Processo Civil de 1939, no Título XIII, Das Ações Possessórias, artigos 381 e 383. Injeta como possessória, suscitou incontáveis debates, porque ação embasada no domínio, petição portanto¹¹, pela clara regra do artigo 382 daquele diploma¹². Negando caráter possessório, manteve-se a maioria da doutrina na esteira de Lafayette, Serpa Lopes e Pontes de Miranda¹³, que professavam esse entendimento.

Marcada pela polêmica, a “ação” foi excluída do Código de Processo Civil de 1973; manteve-se no limbo, entendendo alguns pela sua extinção e outros pela manutenção, não mais como *ação especial*, mas como ação de

Código de Processo Civil comentado, v. 13, artigo 942, p. 261-262 e *Tratado das ações*, v. 2, § 48, 4, p. 253; Lenine Nequete, *Usucapião especial*: Lei n. 6.969, de 10.12.1981, p. 40-41.

9. Rubens Limongi França (Org.), *Jurisprudência do usucapião*, p. 289-291. Acórdão do TJSP, publicado também na RT 474/83-84.

10. Jurisprudência: RT 330/232; RT 332/180; RT 357/456; RT 418/359; RT 409/329. E, mais recentemente: RT 760/214; RT 765/348; RSTJ 29/429.

11. Jorge Americano pontificou: “A imissão de posse também chamada interdito *adispiscendae possessionis*, não é interdito possessório, não tem por escopo a proteção da posse em si, mas sim, a efetividade do exercício do direito em virtude do próprio título.” (*Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 2, p. 194).

12. Artigo 382 do Código de Processo Civil de 1939: “Na inicial, instruída com o título de domínio, ou com os documentos da nomeação, ou eleição, do representante da pessoa jurídica, ou da constituição do novo mandatário (...).”

13. Ricardo Antonio Arcoverde Credie, As ações de manutenção e imissão de posse, *Revista de Processo*, n. 22, p. 72.

rito comum.

Raros foram os estudos sobre o tema¹⁴, destacando-se pela profundidade a monografia do Professor Ovídio Baptista da Silva, intitulada *A ação de imissão de posse (no direito brasileiro atual)*.

Implicou a sua retirada no entendimento de que, mesmo remanescente o *direito material à imissão*, o socorro processual seria concedido através dos processos comum, ordinário ou *sumário*.

Irresignado com as conseqüências da solução apresentada, debateu-se em oposição a essa tese o professor gaúcho, discordando da alteração para o rito, com seu grave consectário caracterizado pela perda da eficácia executiva da sentença e da sumariedade material¹⁵. Concluiu, evidenciando que: a) a ação de imissão de posse mantém sua característica de ação executiva; e b) permanecendo ação *materialmente sumária*, não se confunde com a reivindicatória, mesmo nos casos que eram abrangidos pelo artigo 382, I, do Código anterior.¹⁶

Suspensa o comentário sobre sua permanência, importa, para o âmbito deste trabalho, indagar do seu conceito, dos legitimados passivos e ativos e da aceitabilidade da alegação de usucapião na defesa do demandado em ação de imissão de posse, observadas ambas as posições.

A ação de imissão de posse é conceituada como a ação do titular do domínio para obter a posse, portanto demanda de indisfarçável caráter

14. Ovídio Rocha Barros Sandoval, A ação de imissão de posse perante o novo Código de Processo Civil, *Revista dos Tribunais*, n. 486, p. 22; Ovídio A. Baptista da Silva, *A ação de imissão de posse (no direito brasileiro atual)*, A eficácia executiva da ação de imissão de posse, *AJURIS*, n. 5, p. 64 e Sentença e coisa julgada, *Revista de Processo*, n. 2, p. 102-11; Ricardo Antonio Arcoverde Credie, As ações de manutenção e imissão de posse, *Revista de Processo*, n. 22, p. 47. confirmar essas referências de Baptista da Silva

15. Ovídio A. Baptista da Silva, *A ação de imissão de posse (no direito brasileiro atual)*, p. 103-104, 107 e 111.

16. *Ibidem*, p. 118

petitório.

Pelo artigo 381 do Código de Processo Civil de 1939, era outorgada aos adquirentes, para haverem a posse contra os alienantes ou terceiros; aos administradores de pessoas jurídicas de direito privado, para entrega dos bens contra os representantes anteriores; aos mandatários, para receberem dos antecessores os bens do mandante.

A sumariedade material está exposta no parágrafo único do artigo 383, como se vê: “Salvo quando intentado o processo contra terceiro, a contestação versará somente sobre nulidade manifesta do documento produzido”. Embora contestada por Jorge Americano¹⁷, é apontada por outros autores como a vantagem da demanda, e como traço distintivo em relação à ação reivindicatória.

É, pois, precisamente na exceção contida no parágrafo único do artigo 381 do Código de Processo Civil extinto que se vislumbra a probabilidade da exceção de usucapião na ação de imissão de posse.

Se ao terceiro possuidor a defesa não estava restrita à nulidade do documento, mais ampla poderia ser sua contestação, abrangendo, inclusive, defesas indiretas do processo, direcionadas a inviabilizar a ação, sem transformá-la na reivindicatória.¹⁸

Entretanto, uma decisão do TJRJ¹⁹, em que o autor intentou ação de imissão de posse contra terceiro, tentando em última instância a transformação da demanda em possessória, permite retirar algumas assertivas: a) a ação pode ser dirigida contra o alienante ou contra terceiro que tenha posse oriunda do alienante; b) o réu alegou e provou ter posse em nome próprio há longos anos, sem qualquer contestação; c) o autor admitiu, em depoimento pessoal, saber da existência de posseiros.

17. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 2, p. 197.

18. Ovídio A. Baptista da Silva, *A ação de imissão de posse (no direito brasileiro atual)*, p. 151. Não há, contudo, a menção às defesas indiretas de mérito. Pontes de Miranda admite, na vindicação de posse (*Código de Processo Civil comentado*, v. 13, art. 942, p. 363).

19. TJRJ – 2ª Câmara Cível, Apelação n. 35.729, Rel. Roque Baptista, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 255-256, jan./mar. 1977.

Das assertivas, parte-se à conclusão: se possível a posse há longos anos, sem qualquer contestação, em nome próprio, possível a defesa com usucapião, pois existente a posse capaz de gerá-lo.

Mesmo que acertados a conclusão e seu desdobramento, só após 1974, e se entendida a demanda de imissão de posse como ordinária, é que se admitiria a defesa com usucapião, como, aliás, entendeu o acórdão citado²⁰. Assim, também, entendendo como ação ordinária, o TJRS, em decisão publicada logo após a vigência do novo Código de Processo Civil, publicada na *RJTJRS* 78/375.

Por derradeiro, é de ser anotado que, entendida a demanda como sumária (materialmente), dificilmente se admitiria a oposição do usucapião.

Entretanto, vista como ação de rito ordinário, como já pretendiam alguns autores, antes mesmo da exclusão da ação dos procedimentos especiais, não há por que inadmitir a exceção de usucapião, em face da amplitude de defesas permitidas ao réu, arroladas no artigo 297 do Código de Processo Civil atual.²¹

Confirmando tal decisão: “Ação de Imissão de Posse. Defesa. *Cabe em defesa, na ação de imissão de posse, alegar usucapião que, provada, acarreta improcedência do pedido de imissão. Usucapião. A posse de imóvel mansa e ininterrupta, com ânimo de dono, por vinte anos, sem justo título, configura usucapião, caracteriza o animus domini a função econômica e continuada, realizada à vista de todo mundo. Sentença confirmada.*”²²

Tem-se mantido a postura da jurisprudência.²³

20. No mesmo sentido, acórdão comentado por José de Albuquerque Rocha, propugnando da execução da imissão de posse pelo Livro II, do Código de Processo Civil atual, processo de execução para entrega de coisa certa (*Revista de Processo*, n. 4, p. 355-358).

21. Lenine Nequete se opõe por outro fundamento (*Usucapião especial*: Lei n. 6.969, de 10.12.1981, p. 40).

2.3 Ação Demarcatória

Objetiva a ação de demarcação estreimar os limites entre dois prédios, ou mais, “a ação de demarcação visa não só o estabelecimento de marcos ou sinais fixos entre limites certos e conhecidos, como também a discriminação de limites incertos e desconhecidos e, finalmente, a definitiva constituição de confins por meio de uma retificação acompanhada da restituição de zona certa, porém, ilegítimamente possuída pelo réu”.²⁴

A ampla definição desta ação trazida por Alcides Cruz aparta as três pretensões que, no direito brasileiro, foram reunidas sob o abrigo de um único procedimento.²⁵

Na primeira das situações, quando são certos e conhecidos os sinais ou marcos, havendo dúvida tão-somente quanto à linha divisória entre os dois marcos, não se pode cogitar de defesa do demandado com usucapião.

Quanto à segunda, se incertos ou desconhecidos os limites entre prédios, pode-se já esperar que, no âmbito da dúvida, tenha se formado, em contrapartida, certa posse com características *ad usucapionem*, estimulante a uma ampla defesa substantiva com o usucapião.

Proposta a terceira demanda, com objeto de delimitar os confins não existentes, associada à pretensão restituitória de “zona certa”, mais concretas são as possibilidades do enfrentamento de uma defesa embasada no usucapião.

Progressivamente, o risco de surgimento dessa exceção se amplia, conforme desapareçam ou inexistam os sinais na área demarcanda. Neste

22. Apelação Cível n. 38.637, 1ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Cristiano Graeff Júnior, j. 28.8.1981, *RJTJRS* 90/418.

23. *RT* 754/258.

24. Alcides Cruz, *Demarcação e divisão de terras*, p. 26.

25. Segundo o autor citado, no direito italiano, três são as demandas, perfeitamente individuadas: “*stabilimento de termini, regolamento de confini e rettificazione di confini*” (ob. cit., p. 26).

ponto, surge a interseção apontada por alguns entre as pretensões reivindicatórias e demarcatórias, embora não haja confusão entre ambas, tanto nos requisitos à propositura, como no ônus da prova e em outros.²⁶

O legitimado passivo que sofrerá a ação é o possuidor do prédio confinante, não necessariamente o proprietário, mas mesmo o legítimo titular da posse. Deste é que advirá, dentre as formas possíveis de atuação, contidas no artigo 297 do Código de Processo Civil, aquela que afasta a pretensão com a defesa indireta de mérito ou exceção.

Outras poderão ser as defesas, mas a que repele argüindo o usucapião remete, necessariamente, à instrução probatória²⁷ que determinará a improcedência ou não do pedido interposto.

A natureza dúplice da demanda demarcatória não produz grandes modificações quanto à defesa apoiada no usucapião. Uma coisa é a pretensão do réu de também ter demarcados os imóveis, outra coisa sua defesa com a *prescrição aquisitiva*, forma de ver indeferido o pedido do autor, pois suplantado pelo direito, declarado ou não, do adquirente por usucapião.

A admissão da exceção de usucapião na ação de demarcação remonta aos autores antigos. Dentre os deste século, Alcides Cruz é concorde à oponibilidade, ao dizer que a defesa do réu pode basear-se na “(...) d) prescrição de longuíssimo tempo ou imemorial; e) prescrição ordinária de 30 anos (...)”²⁸.

Mais recentemente, a posição dos doutrinadores é pela permissibilidade da defesa de demarcatórias com usucapião²⁹. Sem maiores delongas, dentro da tradição de velhos autores, admitem este meio de defesa.

26. Alcides Cruz delinea a divisão entre as duas ações (ob. cit., p. 18-20); Clóvis do Couto e Silva afirma a diversidade de fins entre as duas ações (*Comentários ao CPC*, v. 11, tomo 1, p.193); mais remotamente, Francisco Morato, *Da prescrição nas ações divisórias*, p. 127; Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, n. 52, p. 38.

27. Clóvis do Couto e Silva, *Comentários ao CPC*, v. 11, tomo 1, p. 211.

28. Alcides Cruz, ob. cit., p. 47.

Improvido no todo o pedido de demarcação, não se realizarão os atos demarcatórios, formando-se a coisa julgada, que impede a repetição da ação pelo mesmo autor.

Improcedente em parte a ação demarcatória, pelo reconhecimento da existência do usucapião, poder-se-á demarcar a parte reconhecida, respeitando a fração usucapida.³⁰ Entretanto, a parte a que se reconheceu o usucapião não poderá estar inserida dentro da área demarcanda.

Os que admitem a ação demarcatória de posses³¹ silenciam quanto à defesa com usucapião nesta ação, sem se enveredar pela discussão, porquanto a maioria a considere demanda típica de quem tem título dominial, não podendo ser excluída tal possibilidade.

Amparada a defesa do réu da demarcatória de posse na *prescrição aquisitiva*, parece plausível seu sucesso, quase na mesma medida que na demarcatória “do domínio”, sem, contudo, fazer coisa julgada ao proprietário que não foi parte.

Concordante é a jurisprudência pela possibilidade da exceção de usucapião ser acolhida na ação de demarcação. “O usucapião pode ser argüido como defesa em demarcatória”³². Assim decidiu a 2ª Câmara Cível do TJSP, com suporte na Súmula n. 237 do STF: “O usucapião pode ser argüido em defesa”.

Imprescritibilidade da ação de divisão, defendida pela maioria da doutrina, não desponta como óbice à apresentação do usucapião em defesa, pois somente o usucapião extingue o direito à demarcação.

29. Natal Nader, *Usucapião de imóveis: usucapião ordinário: usucapião extraordinário: usucapião especial*, p. 24; Néelson Luiz Pinto, *Ação de usucapião – Principais aspectos processuais*, p. 150.

30. Clóvis do Couto e Silva, *Comentários ao CPC*, v. 11, p. 211.

31. Pontes de Miranda, *Código de Processo Civil comentado*, v. 13, p. 406; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 3, § 203, p. 247.

32. Rubens Limongi França (Org.), *Jurisprudência do usucapião*, p. 294; RT 432/90-92; RJTJESP – LEX 11/309.

O prazo será o do artigo 297 do Código de Processo Civil; se a matéria for exclusivamente a exceção de usucapião, é de 20 dias (art. 954 do CPC).³³

2.4 Ação Divisória

A ação de divisão, ou divisória, tem por finalidade a extinção do estado de comunhão na coisa e “compete ao condômino, contra seus consortes, para dividir a coisa sujeita ao regime jurídico de condomínio.”³⁴

A *actio comuni dividundo* dos romanos pressupõe a comunhão em coisa singular. A *familiae erciscundae* põe fim à comunhão originada na sucessão por herança ou partilha de coisa comum, mesmo universalizada. Em ambas, o objeto é a divisão, que só será alcançada na *actio familiae erciscundae*, se divisível o bem.

Dentro das duas espécies de ações previstas, podem repercutir os efeitos da posse, se sobre a área dividenda se assentou possuidor de longa data, fortalecido pelo ânimo de dono. A posse enriquecida com *animus*, revestida de mansidão e pacificidade, sobre parte determinada, pode gerar o usucapião, espancando a pretensão divisória do promovente.

Na *actio comuni dividundo* não há óbice, segundo a maioria da doutrina, à reação com usucapião, o que não é pacífico na *actio familiae erciscundae*. Nesse sentido, pontifica Hamilton de Moraes Barros: “o terceiro, estranho ao condomínio, poderá usucapir a área de que tenha a posse de largo tempo, isto é, pelo prazo determinado em lei no conjunto dos requisitos. O condômino que tenha a posse total ou parcial do imóvel, objeto da propriedade comum, não poderá usucapir.”³⁵

A categórica posição do comentador não encontra abrigo em toda a jurisprudência, favorável a admitir o usucapião entre os condôminos, desde que a posse seja exclusiva, em área determinada, com *animus domini unici*.

33. Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, p. 52.

34. Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, 2. ed., v. 2, p. 214.

35. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, n. 86, p. 74.

Nesse sentido, a decisão que se segue: “É possível o usucapião entre herdeiros e condôminos, comprovados, porém, determinados requisitos, sendo imprescindível a posse exclusiva *animus domini unici*, traduzida de modo inequívoco, com exclusão dos demais.”³⁶

É de ser anotada, entretanto, a impossibilidade de soma da posse do antecessor, *sucessio possessionis*, quando o usucapião é oposto contra o co-herdeiro. A posse comum a todos aproveita³⁷, não podendo um só dos sucessores intentar a busca do benefício dela originado.

A proposição de Hamilton de Moraes Barros não encontra eco na jurisprudência dominante, favorável ao usucapião entre co-herdeiros, desde que oriundo de posse *pro suo*, com exclusão dos demais compossuidores.

O óbice restaria quanto ao condomínio *pro indiviso*, onde outras vezes se levantam, propugnando pela inusucapibilidade. Assim, no caso de comunhão *pro indiviso*, inadmissível é a ação de usucapião, isso porque um comunheiro não pode alegar posse individual em detrimento de qualquer dos demais.³⁸

Aceita a tese dominante na jurisprudência, favorável à posse exclusiva do imóvel da herança, com *animus*, possível aceitar-se a alegação do usucapião em defesa, nas demandas divisórias.

Não foi outra a proposta de Francisco Morato, quando alegava imprescritível a ação de divisão, pois emanada do domínio, quanto à prescrição extintiva ou liberatória. Admitia tão-somente a prescrição aquisitiva – usucapião – reafirmando, ainda, a defesa da teoria dualista da prescrição³⁹. Assim, não desaparece o direito do autor de promover a ação de divisão, mas contra esta podem ser opostos apenas a prescrição aquisitiva ou o usucapião.⁴⁰

36. TJMG – Apelação Cível n. 48.082, RT 524/210 (RJCPB 2/212).

37. TJMG – Apelação Cível n. 58.793, Adcoas, n. 87, p. 97, 1982 (RJCPB 2/216).

38. TJRJ – Apelação Cível, 1887. (RJCPB 2/216).

A jurisprudência às vezes retrocede, mas é predominante o entendimento pela possibilidade da alegação de usucapião, em defesa, nas ações de divisão.⁴¹

2.5 Ações Possessórias

Os interditos, ou ações possessórias, têm origem romana. Como forma de tutela da posse, têm nesta seu pressuposto básico da posse, cabendo somente a quem a teve ou a tem. São divididos em três espécies, conforme a gradação da agressão: reintegração de posse, contra o esbulho; manutenção de posse, contra a turbação; e interdito proibitório, contra a ameaça.

O legitimado ativo é o possuidor agredido na sua posse, seja pelo esbulho, turbação ou mesmo ameaça. Legitimado passivo é o agressor, que ameaça, turba ou esbulha.

Cuida-se, segundo parte da doutrina, de demanda sumária⁴², em que a amplitude de defesa do réu se restringe, conforme a proibição alocada no artigo 923 do Código de Processo Civil, em que pese a discórdia da sua interpretação.

Suficiente, entretanto, para possibilitar a discussão de usucapião nas ações possessórias e a razão de ser delas, a posse, também fundamento da aquisição do bem pelo usucapiente.

39. Pela teoria dualista, a expressão *prescrição* teria sentido ambíguo, significando tanto a *prescrição extintiva* ou *liberatória*, que impede a propositura da ação, como a *prescrição aquisitiva*, usucapião. Tal posição tem a acolhida de Clóvis Bevilacqua, opondo-se a Carvalho de Mendonça.

40. Francisco Morato, *Da prescrição nas ações divisórias*, 2. ed., § 24, p. 56-57.

41. Contra: RT 753/320.

42. Sobre a sumarização material nas ações possessórias, Ovidio Baptista da Silva, *Procedimentos especiais: exegese do CPC*, n. 24, p. 46.

Não há acordo, por outro lado, entre os autores, quanto à oponibilidade do usucapião como meio de defesa nas possessórias: “(...) nada obsta a que, por exemplo, em ação de reintegração de posse, excepcione o réu com a usucapião especial. Entretanto, se o autor não alegar concomitantemente a sua qualidade de proprietário, a sentença que julgar procedente a exceção não valerá como título para o registro imobiliário”⁴³. De outro lado, Theodoro Júnior alinha-se nesse sentido, indicando a posição que não admite o usucapião nas possessórias, como dominante na jurisprudência.⁴⁴

2.5.1 Proibição da exceção de domínio (art. 923 do CPC) nas possessórias

Permaneceu duvidoso o artigo 923 do Código de Processo Civil, mesmo após a retirada da parte final, relacionada à possibilidade de acolher-se a *exceptio domini*. Manteve-se, após a reformulação de 1980, a proibição às partes de ingressarem com *ação de reconhecimento de domínio*.

O Professor Ovídio Baptista da Silva suscita várias dúvidas à nova redação: “(...) *a*) A expressão ‘reconhecimento de domínio’ abrangeria a ação de usucapião? *b*) O dispositivo apenas vedaria a propositura de ação reconvenicional tendente ao ‘reconhecimento de domínio’, ou vedaria o Código também o ajuizamento de uma ação autônoma com tal objetivo? *c*) Teria o legislador, ao aludir à ‘ação de reconhecimento de domínio’, pretendido impedir a propositura da ação reivindicatória? *d*) Neste caso, a vedação apenas alcançaria o exercício da reivindicação como ação reconvenicional, ou igualmente ficaria vedada a propositura de uma ação reivindicatória separada?”⁴⁵

43. Lenine Nequete, *Usucapião especial*: Lei n. 6.969, de 10.12.1981, p. 40.

44. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 3, n. 1.346, p. 214. Cita, ainda, RT 530/201 e 563/95 (Este acórdão cita a RJTJSP 62/230 e 66/168).

Algumas indagações tinham sido propostas anteriormente por Pontes de Miranda⁴⁶, ainda sob a vigência da 2ª parte do artigo 923, retirada em 1980.

Parece pertinente, contudo, a solução apontada pelo processualista gaúcho, justificando a vedação ao titular do domínio que, demandado em possessória, não poderia valer-se de outra ação – declaratória pura ou reivindicatória – “(...) impondo sua condição de proprietário, para conservar a posse obtida de modo ilegítimo”.⁴⁷

Esvaziaria-se o juízo possessório, frente à oposição da *exceptio domini*, anulando a incompatibilidade histórica entre possessório e petitório que, se admitida, repugnaria aos juristas romanos, como afirmou Pontes de Miranda.⁴⁸

Entretanto, não pode ser olvidado que “razões históricas” têm significados outros, não puramente jurídicos. Animam o direito que, em cada época, sofre influências diversas, outros fundamentos políticos.

A proibição da exceção de domínio tem sido frontalmente combatida, como pode ser visto na exposição pedagogicamente política do Ministro Aliomar Baleeiro, Recurso Especial n. 63.080-MG, quando vota: “(...) De um ponto de vista filosófico, político, acho que se devia permitir, na possessória, o conhecimento do assunto do petitório, porque, afinal, vai devolver-se essa posse ao recorrido, para, depois, tomar-se dele a mesma posse, já que não tem o domínio.”⁴⁹

Na Itália, recentemente, a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade do artigo 705, § 1º, do Código de Processo Civil daquele país, que subordina a proposição do petitório à solução da possessória. Admitia-se no caso con-

45. Ovídio A. Baptista da Silva, *Procedimentos especiais: exegese do CPC*, n. 102, p. 208.

46. Pontes de Miranda, *Código de Processo Civil comentado*, tomo 13, art. 923, p. 199.

47. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit. supra, n. 102, p. 209-210.

48. Pontes de Miranda, ob. cit., art. 923, p. 198. No mesmo sentido, apontado para os fundamentos históricos da proibição, ver Alberto Levoni, *Una nuova deroga al divieto di cumulo fra possessorio e petitório? Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 505. Concordando com a vedação, RT 515/247.

creto a acumulação de possessório com petitório, permitindo a *exceptio proprietatis* contra o possuidor.⁵⁰

O STF, examinando a constitucionalidade do artigo 923 do Código de Processo Civil, concluiu pela legalidade do mesmo: “Não é inconstitucional o artigo 923, 1ª parte, do CPC, não sendo também a interpretação literal que lhe deu o acórdão recorrido.”⁵¹

2.5.2 O artigo 923 do Código de Processo Civil e a exceção de usucapião

As dúvidas que pendiam não foram afastadas com a redação abreviada do artigo 923 do Código de Processo Civil: “Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar ação de reconhecimento de domínio.”

Demasiado extensiva a interpretação que visualiza na redação do artigo 923 a proibição da exceção fundada em usucapião.

Sendo a contestação articulação tão-só defensiva, que não comporta pedido próprio – mesmo sendo dúpliques as possessórias⁵² – exceto a pretensão de improcedência da demanda do autor, não se cogita de ação, nem de intentar.

Contida a exceção na “contestação”, não pode ser confundida com ação, mesmo que reconvenção, por não sê-lo. O demandado quando excepciona não age, simplesmente opõe fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Defende-

49. Citação da *RJT* 44/350, mencionada por Aélío Paropat Souza, *A exceção de domínio*, in *Uma vida dedicada do direito*, p. 101.

50. Alberto Levoni, *Una nuova deroga al divieto di cumulo fra possessorio e petitório?*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 505-538.

51. Aélío Paropat Souza, *ob. cit.*, n. 9, p. 111. Refere-se ao acórdão do RE n. 87.344-MG, *RTJ* 91/594.

52. Nesse caso, oposto o usucapião, não se trataria do pedido previsto no artigo 922 do Código de Processo Civil, mas pedido diverso, de reconhecimento da prescrição, não de direito à posse.

se.

O comando estatal contido no dispositivo, se acolhida a exceção, não tem caráter positivo, mas tão-só desestimatório do pedido do autor, provimento negativo.

Vingando a proposição contrária, admitindo que a vedação do artigo 923 do Código de Processo Civil justificaria a exceção de usucapião, concluir-se-ia pela possibilidade da eficácia declarativa da sentença, de forma a autorizar a transcrição no registro (se imóvel), contrariando amplamente os doutrinadores mais notáveis.⁵³

Autores que examinam a questão têm admitido a exceção de usucapião nas possessórias, podendo ser mencionados Lourenço Mario Prunes, José Carlos de Moraes Salles, Néelson Luiz Pinto, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento.⁵⁴

A jurisprudência, por longo tempo, não teve a mesma coerência, sendo francamente dividida, mas podem-se citar acórdãos em ambos os sentidos.⁵⁵ Recentemente, tende a admiti-la sem maiores obstáculos, como em decisão do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁶

2.6 Outras ações em que se tem admitido a exceção de usucapião

Ante a amplitude de defesa possível ao demandado, associada à fácil constituição de direitos através da posse, com o encurtamento de prazos em algumas espécies de usucapião, não é abusivo prever o oferecimento da exceção de usucapião nas mais variadas demandas.

53. Para verificar a posição dos autores nacionais sobre as eficácias da decisão que acolhe a exceção, ver nossa monografia *Exceção de usucapião*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, capítulo 11.

54. Respectivamente: *Usucapião de imóveis*, cap. VIII, p. 343; *Usucapião de bens imóveis e móveis*, n. 2.1.8, p. 114-115; *Ação de usucapião – Principais aspectos processuais*, n. 4.14, p. 154; *Usucapião*, n. 44, p. 194.

55. A favor: *Jurisprudência Brasileira* 21/100; contra: *RT* 583/252, *RT* 695/121.

56. STJ – REsp n. 182.728-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU*, de 1º.2.1999, p. 212: “O réu de ação possessória pode arguir como defesa a sua posse e pedir o reconhecimento da prescrição aquisitiva (...)” Ou em decisões de outros tribunais: *JTALEX* 165/49; TJSP – Apelação Cível n. 526.546-9/001, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho.

2.6.1 Ação de Despejo

Sob a denominação genérica de ação de despejo, encontraremos um elenco de demandas que visam a retirada do ocupante do imóvel e a consequente restituição ao contratante que o deu em locação. A locação é o contrato em que uma parte, mediante pagamento, por tempo estipulado, concede o uso de bem infungível, execução de obra ou serviço.

Para este estudo importa, principalmente, a locação de imóveis, por ser o despejo o procedimento indicado para a retomada desses bens, sejam urbanos ou rústicos.

Antes, porém, é prudente fazer uma diferenciação. As demandas despejatórias de imóveis urbanos são procedimentos especiais, não codificados, orientados pela Lei n. 2.245/1991, artigos 59 a 66, com possibilidade de medidas liminares e execução provisória, embora indique a norma que o rito é ordinário. De outro lado, nos despejos de imóveis rústicos, o procedimento é ordinário, não havendo norma expressa quanto à execução antecipada ou à concessão de medidas liminares, preservando, entretanto, o caráter executivo da decisão de procedência.

Em ambas as espécies, embora remota, é previsível dentre as atitudes defensivas do réu a defesa amparada com usucapião, não havendo na norma processual obstáculo a tais alegações. Diante disso, situa-se no plano do direito material a possibilidade de constituição do direito ao usucapião. Nas relações locatícias, como se sabe, mantém-se com o locador a posse indireta, inexistindo, enquanto são pagos os locatícios, *animus domini* do locatário e possuidor direto. Aquele que paga pelo uso não se sente dono; e mesmo aquele que deixa de pagar pode não ter o ânimo de dono, pois pode inadimplir por outra razão.

Mesmo que seja assim, possível no curso do tempo a transmutação da locação e o surgimento da posse *ad usucapionem*, com *animus domini*, capaz de gerar o usucapião e, por consequência, a defesa processual amparada nesse argumento, fenômeno denominado *interservação da posse*.⁵⁷

2.6.2 Ações de Inventário e Arrolamento

Nos procedimentos de inventário, segundo Lourenço Mário Prunes, não se poderão discutir senão questões de direito e de fato fundadas em prova inequívoca.⁵⁸

A alegação de direito de inventariar o bem, diante do surgimento do novo direito (usucapião), pode despontar na ação que inventaria os bens do morto. Contudo, não se pode afastar de toda essa possibilidade, porquanto possível o usucapião entre sucessores, mesmo que não oferecido em sede de inventário; mas, nas vias ordinárias, originadas das dúvidas do inventário, poderá surgir o usucapião. Nesses casos, o possuidor do bem tido por comum e inventariado alegará, no prazo e na forma do artigo 1.000 do Código de Processo Civil, o erro constante das declarações sobre a qualidade do bem. Diante da discussão alheia ao inventário, é prudente a suspensão do seu procedimento, para aguardar o deslinde da ação que pode interferir na relação de bens.⁵⁹

É certo, porém, que o usucapião entre compossuidores só é possível com a completude do período aquisitivo, após a extinção da comunhão, ou seja, o prazo de posse comum não pode ser aproveitado com exclusividade por um dos co-herdeiros, em detrimento do outro ou dos outros.⁶⁰

Outro ponto que merece algum destaque é quanto à possibilidade de reserva de bem, quando este é “disputado” em ação de usucapião e, simultaneamente, descrito em inventário para futura partilha. A previsão do artigo 1.001 do Código de Processo Civil, que prevê a reserva de bem, diante da discussão sobre a qualidade de herdeiro, não tem aplicação no

57. Sobre a possibilidade de *interversão do título da posse*, ver nosso Desapropriação da posse no direito brasileiro, in *O direito agrário em debate*, n. 6.5.1, onde se aponta situação em que possuidor, ingresso na posse por um título contratual, pode, após descumprir o pactuado, e associando à passividade do transmitente, inverter ou interverter o título possessório.

58. Lourenço Mário Prunes, *Usucapião de imóveis*, cap. VIII, p. 343. Em ação de nulidade de partilha, julgada no STF, foi oposta a exceção de usucapião (*DJU*, de 13.2.1995, p. 2.242).

59. Nesse sentido: TJRS – Agravo de Instrumento n. 41.445, Rel. Pio Fiori de Azevedo, j. 14.9.1982, *Jurisprudência TJRS*, 1984, v. 1, tomo 15, p. 297-300.

caso de concomitância do bem, nos dois procedimentos.⁶¹

2.6.3 Ação de Desapropriação

Na ação de desapropriação, apesar da restrição do artigo 20 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, impedindo a contestação que não se atenha aos vícios do processo e à impugnação do preço, têm convergido aos tribunais defesas amparadas em usucapião.

Conforme afirma outra parte da doutrina, “além da contestação, o particular pode entrar com exceções”,⁶² mas a posição não é unânime, entretanto, à aceitação, sendo raros os excertos.⁶³ Há caso, contudo, em que se negou ressarcimento ao órgão expropriante que pagou pelo todo e se defrontou com parcela do imóvel em poder de possuidor *ad usucapionem*, onde foi reconhecido o usucapião alegado em defesa.⁶⁴

De qualquer modo, a possibilidade de reconhecimento do usucapião na desapropriação esbarraria ainda no sistema de indenização una, que remete qualquer direito existente sobre a coisa para a discussão sobre o preço.

Há ainda uma situação especial que poderá ocorrer quando da desapropriação indireta, caso em que o poder público toma posse sem o decreto expropriatório. Segundo abundante jurisprudência, “enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade por efeito do usucapião do

60. RT 764/406.

61. TJRS – Agravo de Instrumento n. 597.117.746, Rel. Eliseu Gomes Torres, j. 15.10.1997, *Jurisprudência TJRS*, 1998, v. 1, tomo 1, p. 133-136.

62. José Cretella Junior, *Comentários à lei de desapropriação*, n. 140, p. 328.

63. Contra o oferecimento de defesa com usucapião: *RJTJESP-LEX 120/377*, apud Néelson Luiz Pinto, *Ação de usucapião - Principais aspectos processuais*, p. 150.

64. TJRS – Apelação Cível n. 587.047.747, Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício. “Ementa: Usucapião. À efetiva e amplamente comprovada posse *ad usucapionem* não se pode contrapor, com força de impedir a prescrição aquisitiva, uma ficta e abstrata emissão de posse resultante de expropriação, sobretudo quando o próprio beneficiário desta respeitou a posse antiga, abstando-se de molestar o possuidor no uso que fez do todo maior em que se situa o imóvel. Possível pretensão do expropriante ao reembolso ou indenização de despesas e prejuízos daí defluentes têm de voltar-se contra os expropriados, em procedimento adequado. Custas: parcela que seria de responsabilidade do autor, independentemente de haver ou não contestação. Apelo provido em parte.” (*Jurisprudência TJRS*, 1987, v. 2, tomo 5, p. 273-278, *RJTJRS 129/286*).

expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito à indenização”.⁶⁵

Nesses casos, é possível a defesa do ente público desapropriante, na ação de indenização proposta pelo expropriado, com usucapião, tentando – se acolhida a exceção – elidir o pagamento compensatório. Tal hipótese somente será possível pelo retardamento do desapossado em implementar a demanda condenatória, que prescreve em 20 anos, para se ver ressarcido, combinado com o implemento dos requisitos do usucapião pelo poder público ocupante.

2.6.4 Ação de Embargos de Terceiro

São cabíveis os embargos de terceiro para a defesa, pelo proprietário ou possuidor da posse ameaçada pela constrição judicial, patrocinada, por exemplo, por ato executivo em penhora, ou arresto, seqüestro etc. – artigo 1.046 do Código de Processo Civil. Nas situações em que o desapossado for mero possuidor e promova os embargos para a defesa de sua posse, é que se pode cogitar da alegação de usucapião. Mesmo que não se possa falar em exceção de usucapião, porquanto os embargos são ação e não defesa, a causa de pedir dos embargos pode revelar a mesma essência da exceção de usucapião, tendo exemplo de admissibilidade da alegação na jurisprudência, conforme se vê: “Ementa: Embargos de terceiro. É terceiro quem, alheio à lide principal, ficar privado de sua posse por ato de constrição judicial. Nenhum outro remédio processual haveria, no caso, a socorrer o alegado direito de usucapião do embargante (...).”⁶⁶

2.6.5 Ação de Usucapião

Curiosa a hipótese, não impossível, de oferecimento de usucapião

65. STF – RE, Acórdão n. 109.853-8, Rel. Min. Nery da Silveira, *DJU*, de 19.12.1991, p. 18.711.

em defesa em ação de usucapião, como menciona Tupinambá Miguel C. do Nascimento⁶⁷, principalmente se for considerado que são citados os confrontantes (art. 942 do CPC) e que o possuidor atual tem de ser citado para a ação (Súmula n. 263 do STF).

A citação dos confrontantes, equiparados a réus, traz ao processo os vizinhos do imóvel objeto do processo, possibilitando o *enfrentamento de posses*, caso exista mais de um pretendente a usucapir o bem. Esse entrechoque de pretensões só pode ser deslindado após a devida instrução.

Da mesma forma, a exigência imposta pela Súmula n. 263 do STF, que atrai ao processo o possuidor atual do bem que, não raro, poderá se insurgir contra o pedido do autor, contestando ou excepcionando com usucapião.

2.6.6 Ações Ordinárias

Afora os procedimentos especiais elencados, também se pode prever como plausível a alegação da exceção de usucapião nas ações promovidas pelo *procedimento comum ordinário*, notadamente ações declaratórias de nulidade, ou mesmo em outras. Nesses casos, onde não há restrição cognitiva e nos quais toda a matéria de defesa pode ser trazida e considerada, viceja a possibilidade de surgimento e aproveitamento da exceção de usucapião como meio de defesa, condicionado o seu reconhecimento à demonstração cabal da completude dos requisitos estabelecidos na lei para a modalidade de usucapião apontada pelo réu.⁶⁸

2.6.7 Ações para reaver posse ou domínio de bens móveis

Outra possibilidade que não pode ser excluída está relacionada às

66. TJRS – Apelação Cível n. 584.025.811, Rel. Des. Nelson Oscar de Souza, *Jurisprudência do TJRS*, v. 1, tomo 13, p. 75-76; *RJTJRS* 110/441.

67. *Usucapião*, n. 44, p. 193.

ações que tenham por objeto a discussão do domínio ou a posse de bens móveis.

Entre as ações ordinárias, mesmo nos procedimentos especiais, como possessórias, depósito ou entre as cautelares, busca e apreensão e arrolamento, provável possa o demandado defender-se com usucapião, desde que tenha posse com ânimo de dono há mais de 5 ou 3 anos, conforme seja extraordinária ou ordinária a aquisição.

Também poderá surgir a exceção de usucapião nas demandas que sejam veiculadas pelo *procedimento comum sumário*, artigos 275 a 281 do Código de Processo Civil, principalmente naquelas regidas pelo inciso I do artigo 275, que adotam esse procedimento, em virtude do valor da causa, incluídas aquelas que surjam nas demandas do artigo 275, inciso I, “a”, que tratam de arrendamento rural e de parceria.⁶⁹ Já quanto às ações possessórias de bens móveis, não incluídas no *procedimento sumaríssimo* do Juizado Especial Cível, Lei n. 9.099/1995, e alijadas do *procedimento sumário* dos artigos 275-281 do Código de Processo Civil, que terão andamento pelo *procedimento comum ordinário*, não se pode ver óbice ao aproveitamento da defesa amparada em usucapião.

3 EFEITOS DO ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO

Quanto aos efeitos mesmos da exceção, predomina entendimento de que a sentença que reconhece a alegação de usucapião do demandado tem eficácia de coisa julgada material somente entre as partes que figuraram no processo, como pondera Adroaldo Furtado Fabrício: “*Exarada incide ter tantum*”, sem que “declare autoritativamente a propriedade do excipiente”.⁷⁰ Se, contudo, se tratar de *usucapião especial agrário*, regido pela Lei n. 6.969/1981, Lenine

68. REsp n. 85.039/MG (Ação de nulidade de título de venda de terras devolutas). Há também notícia do reconhecimento de usucapião em uma *ação demolitória*, em que se impediu a demolição (TJRJ – Apelação Cível n. 1997.001.06620, Des. Walter D’Agostini).

69. Sobre as alterações dos artigos 275-281, ver Gilson Delgado Miranda, *Procedimento sumário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Nequete é categórico: “a sentença que reconhece o usucapião e serve como título apto ao registro não tem eficácia de coisa julgada material senão entre as partes que figuraram no processo.”⁷¹

Uma distinção, entretanto, pode ser oposta em relação à arguição da exceção de usucapião de bens móveis, pois o principal obstáculo interposto à validade da decisão que reconhece o usucapião de bens imóveis argüido em defesa é a eficácia apenas interpartes da sentença. Tal empecilho não pode ser levantado se a exceção de usucapião for de bem móvel, pois, salvo em casos raros, não existirão outras partes, senão autor e réu. Sendo móvel o objeto do litígio, não se citarão os confrontantes, é óbvio; não haverá citação edital de eventuais interessados, nem se chamará a intervir o Ministério Público. Nesse caso, não há segunda ação a ser proposta e a arguição da exceção terá alcançado todos os interessados.

BIBLIOGRAFIA

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 1.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de theoria e prática de processo civil comparado com o comercial*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Procedimentos especiais: exegese do CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987 e 1990. v. 1-2.

. *A ação de imissão de posse (no direito brasileiro atual)*. São Paulo: Saraiva, 1981.

70. Adroaldo Furtado Fabricio, *Comentários ao CPC*, v. 8, tomo 3, n. 455, p. 397.

71. Lenine Nequete, *Usucapião especial*: Lei n. 6.969/81, de 10.12.81, p. 41.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 9.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 7.

CREDIE, Ricardo Antonio Arcoverde. As ações de manutenção e imissão de posse. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, 1981.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CRUZ, Alcides. *Demarcação e divisão de terras*. Edição Especial. Porto Alegre: AJURIS, 1979.

FACHIN, Edson Luiz. *A função social da posse e da propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GUEDES, Jefferson Carús. *Exceção de usucapião*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

. Desapropriação da posse no direito brasileiro. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (Coords.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEVONI, Alberto. Nuova deroga al divieto di cumulo fra possessorio e petitorio? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 505-538.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORATO, Francisco. *Da prescrição nas acções de divisão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1944.

NADER, Natal. *Usucapião de imóveis: usucapião ordinário: usucapião extraordinário: usucapião especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1989.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NEQUETE, Lenine. *Usucapião especial: Lei n. 6.969, de 12.10.1981*. São Paulo: Saraiva, 1983.

. *Da prescrição aquisitiva (usucapião)*. Porto Alegre: AJURIS, 1981.

PINTO, Néelson Luiz. Ação de usucapião – Principais aspectos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, 1992.

PINTO, Néelson Luiz; PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre usucapião*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4 e 13.

. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 2.

. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 10 e 11.

PRUNES, Lourenço Mário. *Usucapião de imóveis*. São Paulo: Sugestões Literárias, s.d.

ROCHA, José de Albuquerque. Imissão de posse – Rito ordinário ou sumaríssimo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, _____ n. 4, p. 355-359, 1976.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. A ação de imissão na posse perante o novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 486, 1976.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 11, t. 1.

SOUZA, Aélío Paropat. A exceção de domínio. In: *Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 3.

MEDIDA LIMINAR EM TUTELA ANTECIPATÓRIA

Reis Friede*

Sumário:1 Normas infraconstitucionais impeditivas (ou restritivas) quanto à concessão da tutela antecipatória; 1.1 Restrições objetivas previstas na Lei n. 9.494/97; 1.2 Recorribilidade ampliada; 1.3 Limites quanto ao objeto da antecipação; 1.4 Exigência de prestação de caução para o deferimento da antecipação de tutela cognitiva; 1.5 Constitucionalidade da Lei n. 9.494/97.

* Reis Friede, Mestre e Doutor em Direito. Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público. Autor da obra *Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela antecipada e tutela específica*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 810.

A rigor, não existe propriamente o que se convencionou chamar de *medida liminar*, no sentido formal de provimento administrativo-cautelar em *tutela antecipatória*, não obstante seja cediço reconhecer, em uma tradução ampla, a plena licitude quanto à conclusão corrente pela presença de um instrumento jurídico, provisório e antecedente, assemelhado ao con-sagrado *instituto liminar*, na disciplina normativa da denominada *tutela antecipada*, ainda que com natureza finalística diversa e sem qualquer possibilidade de deferimento *ex officio* e *inaudita altera pars*.¹

“Salvo no caso do art. 461, não cabe a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte*” (RT 735/359).

“O nosso ordenamento jurídico acolhe, por regra constitucional, o respeito ao devido processo legal. Com exceção a esse princípio, em determinadas situações, a Lei Processual admite a concessão de liminares *inaudita altera pars*. *Expressamente, o instituto criado pelo artigo 273 do CPC não menciona a possibilidade de concessão de liminar, antes da citação*. Em se cuidando da antecipação da tutela, somente no artigo 461 é que se vislumbra a possibilidade. A antecipação da tutela, antes da citação, será viável somente em casos que, por sua especialidade, exijam do julgador uma tal providência.” (TJMT – 1ª Câmara, Ag. n. 6.380, rel. Des. Barros Filho, j. 12.8.1996, v. u.).

“*Inadmissível a concessão de antecipação de tutela pelo Juiz antes da citação do demandado para oferecimento de sua defesa, a fim de verificar a existência de prova inequívoca e convencimento de verossimilhança da alegação.*” (TJMT – 2ª Câmara, Ag. n. 7.198, rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, j. 13.5.1997, v. u.)

1. Resta oportuno assinalar que a expressão *liminar*, do latim *liminare*, traduz, em uma linguagem ampla, todo o tipo de *procedimento antecedente ao mérito*. Nesse sentido genérico, portanto, é plenamente aceitável afirmar que o *instituto da tutela antecipada* coaduna com o *provimento liminar*, ainda que, em termos mais rigorosos (e técnicos), seja preferível interpretar o *instrumental antecipatório* como não perfeitamente compatível com a convencionalmente designada *medida liminar*.

“O provimento antecipado tem por escopo adiantar o provimento final, apreciando-se *initio litis* o mérito do pedido. Provimento de cunho exauriente, embora reversível. *Impossibilidade de concessão da medida inaudita altera pars*. Inteligência dos artigos 273 e 461, § 3º do CPC. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder.” (TRF 3ª Região – 1ª T., Agrar n. 13.493, rel. Juiz Sinval Antunes, v. u., *DJU*, de 30.6.1996).

Aliás, esse é o pensamento dotado de maior rigor técnico e amplamente dominante, também na doutrina vertente.²

“O requerimento de uma tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do *caput* do inciso I (não do inciso II que, evidentemente, só se verifica diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do artigo 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação. *O juiz, todavia, em nenhuma hipótese, a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado, na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa.*” (Sérgio Bermudes,

2. De qualquer sorte, é fundamental assinalar e, sobretudo, esclarecer que, na hipótese de eventual concessão da *tutela antecipada* (por se tratar de tutela de mérito) há sempre o obstáculo maior (e, nesse sentido, superável) caracterizado pela efetiva presença do *princípio constitutivo do contraditório* (na hipótese, *contraditório material*) a impedir, de forma invencível, o *deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária*, considerando, particularmente, que a própria *referibilidade ao direito material*, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada), por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, sem o qual qualquer *decisão meritória* – mesmo que antecipada e, neste especial, *reversível* (e de cognição sumária) – somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes. Tal obstáculo – é importante esclarecer – inexistente de modo sinérgico, na *tutela cautelar*, posto que neste caso, de forma diversa da *tutela antecipada*, não há discussão sobre a questão de fundo (*merito cause*), existindo tão-somente uma *referibilidade processual* (intrínseca) que de nenhuma forma concerne ao direito material controvertido, permitindo, em caráter excepcional, a caracterização do denominado *contraditório formal* que, embora, a exemplo do *contraditório material*, deva ser sempre observado *a priori* (ou seja, com a oitiva prévia de ambas as partes), pode ser observado *a posteriori*, ou seja, após o eventual deferimento da medida acautelatória, em face do próprio objetivo de *preservação* que é indiscutivelmente inerente à *tutela cautelar*.

A reforma do CPC, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 36.)

“*Inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto (...).*” (J.J. Calmon de Passos, *Inovações do CPC*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 13.)

Ainda assim, determinados autores, e mesmo alguns julgadores – dentre estes muitos confundindo os diferentes objetivos da *tutela antecipada* (de feição *satisfativa* e *exauriente*) e da *tutela cautelar* (de natureza *acautelatória* e *não-exauriente*) – insistem em afirmar pela plena possibilidade de se prover *liminarmente* (e sem audiência da parte contrária) a *tutela antecipada*, o que tem motivado, de certa forma, o Poder Executivo (através de medidas provisórias) e o Poder Legislativo (por intermédio de sua competência constitucional) a, de modo atécnico e, em certo sentido redundante, impor limites disciplinadores, no que concerne à concessão da *tutela antecipatória*.

“Se urgente o deferimento da medida de antecipação de tutela, sob pena da possibilidade de ocorrência de grave, ou irreparável dano, a mesma deve ser assegurada liminarmente (ou seja, antes da ouvida do réu) a tutela, ouvindo-se em seguida aquele.” (Francisco Cavalcante, *Inovações no processo civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 50).

“A inovação mais importante instituída pela Lei n. 8.952, de 1994, foi, sem dúvida, a que autoriza o juiz, em caráter geral, a *conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento*, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola (...).” (Humberto Theodoro Jr., *As inovações no CPC*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 11).

De qualquer forma, ao que tudo indica, parece restar evidente à parcela

majoritária (e mais tecnicamente capacitada), tanto da doutrina como da jurisprudência, as nítidas (e insuperáveis) diferenças, sobretudo finalísticas, de ambos os institutos (antecipatória e cautelar): (1) afastando, neste diapasão analítico, qualquer possibilidade de concessão de *provisamento liminar*; (2) no sentido específico de *medida urgente* desafiadora do princípio basilar do contraditório, em *tutela antecipada*, mormente se considerarmos o aspecto meritório (satisfativo e exauriente) que a mesma forçosamente contém em sua efetivação, ainda que parcial.

“Tutela antecipada não se confunde com medida liminar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido de ação.” (TJRJ - 5ª Câmara, Ag. n. 4.266/96, rel. Des. Miguel Pachá, j. 10.12.1996, v. u., RDTJRJ 32/240).

“A tutela antecipada nada mais é que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito reclamado, e não consiste em uma maneira de ampará-lo, como acontece com as cautelares. O artigo 273 do CPC coloca como requisitos para a antecipação da tutela a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizada a resistência da parte adversa. Cândido Rangel Dinamarco, ao lecionar que o objeto da antecipação é a própria tutela requerida no processo, assevera com precisão: ‘A técnica engendrada pelo novo artigo 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se tratar de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor’ (A reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 139). Já no procedimento cautelar não se

antecipa a prestação jurisdicional buscada na lide principal, pois isso implicaria atribuir-lhe o caráter de execução provisória da sentença a ser prolatada no processo principal, o que não é possível. Diversamente do que ocorre com a tutela antecipada, instituída pelo artigo 273 do CPC para a admissibilidade da ação cautelar, além dos requisitos que devem ser observados em qualquer demanda, dentre eles os pressupostos processuais e condições da ação devem estar presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pela parte e o *periculum in mora* ou o fundado temor de dano a direito de uma das partes. Assim, não se pode dizer que com o advento do instituto da tutela antecipada o credor não possa valer-se das ações cautelares que entender por bem ajuizar para amparar o direito ameaçado, estando em pleno vigor o Livro III do Código de Processo Civil, que cuida do Processo Cautelar e medidas cautelares.” (TJMS - 1ª T., Ap. n. 45.065-3, rel. Des. Chaves Martins, j. 10.10.95, v. u., *Adcoas*, n. 8.150.292, de 20.6.1996).

1 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS IMPEDITIVAS (OU RESTRITIVAS) QUANTO À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

No que tange ao instituto da *tutela antecipada genérica* (art. 273 do CPC) e *específica* (art. 461 do CPC), de forma diversa da *tutela cautelar* (e de seus respectivos *provimentos liminares*), basicamente existe apenas um único ato normativo, editado pelo Poder Legislativo, objetivando impor limites à concessão da *tutela antecipatória* contra o Poder Público.

Em termos mais precisos, trata-se da Lei n. 9.494, de 10.9.1997, que, por sua vez, originou-se do texto da Medida Provisória n. 1.570, inicialmente editada em 26.3.1997.

Essa mencionada MP n. 1.570/97, é importante assinalar, impôs, na verdade (numa razoável confusão legislativa), uma série de restrições a diversos *instrumentos jurídicos*, alterando expressamente o texto da Lei

n. 8.437/92 (basicamente uma disciplina normativa limitadora de medidas liminares, de feição cautelar) e da Lei n. 7.347/85, relativo à disciplina legal da ação civil pública.

Medida Provisória n. 1.570, de 26.3.1997

Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis ns. 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

Artigo 1º - Aplica-se à *tutela antecipada* prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o dispositivo nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Artigo 2º - O artigo 1º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“§ 4º - Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da *concessão de liminar*, ou de *qualquer medida de caráter antecipatório*, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”

Artigo 3º - O artigo 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 16 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Artigo 4º - Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

A medida provisória em questão foi reeditada em 24.4.1997 (MP n. 1.570-1), já com alterações, suprimindo, desta feita, a anterior modificação consagrada no artigo 2º da versão original, que foi reputada inconstitucional pelo STF.

Medida Provisória n. 1.570-1, de 24.4.1997

Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis ns. 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

Artigo 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26.6.1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Artigo 2º - O artigo 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 16 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Artigo 3º - Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n. 1570, de 26 de março de 1997.

Artigo 4º - Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

As subseqüentes reedições (MPs ns. 1.570-2, 1.570-3, 1.570-4 e 1.570-5) repetiram, na íntegra, o texto da MP n. 1.570-1, permitindo que, em 10 de setembro de 1997, fosse editada a Lei n. 9.494 com base no texto último da MP n. 1.570-5, de 21 de agosto de 1997.

Ainda assim, de forma no mínimo surpreendente, o Poder Executivo editou a MP n. 1.798/99, alterando, dentre outras, o texto da Lei n. 9.494/97, criando novas restrições, de modo geral, ao Poder Jurisdicional, e atingindo, de uma certa feita, a disciplina normativa da *tutela antecipada* que, em termos objetivos, continua restringida diretamente pelo artigo 1º da Lei n. 9.494/97 e, agora, indiretamente, pelo artigo 2º B do mesmo ato normativo.

Lei n. 9.494, de 10.9.1997

Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

Artigo 1º - Aplica-se à *tutela antecipada* prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.³

Artigo 1º A - Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

Artigo 1º B - O prazo a que se refere o *caput* dos artigos 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do

3. Sobre a *eficácia jurídica* do presente dispositivo legal, resta consignar que o “STF, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10.9.1997, sustando ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram. Votou o Presidente.” (STF-Pleno, ADC n. 4/UF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.2.98, *DJU*, de 13.2.98, Seç. 1, p. 1).

Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.

Artigo 1º C - Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

(Artigos 1º A/B/C acrescentados por força do art. 4º da MP n. 2.102/2001)

Artigo 2º - O artigo 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 16 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Artigo 2º A - A sentença civil prolatada em *ação de caráter coletivo* proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangem apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra entidade da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com o ato da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Artigo 2º B - *A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,*

inclusive de suas autarquias e fundações, *somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado*”.

Parágrafo único - A sentença proferida em ação cautelar só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado e sentença proferida na ação principal.”

(Artigos 2º A, 2º B e respectivos parágrafos únicos, acrescentados por força da MP n. 2.102/2001)

Artigo 3º - Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n. 1.570-4, de 22 de julho de 1997.

Artigo 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁴

1.1 Restrições Objetivas Previstas na Lei n. 9.494/97

Em termos objetivos, é lícito afirmar que as principais restrições à concessão da *tutela antecipada* se encontram previstas no artigo 1º da Lei n. 9.494/97 que, em seu texto redacional, expressamente alude à aplicação dos artigos 5º e 7º da Lei n. 4.348/64, artigo 1º da Lei n. 5.021/66 e artigos 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92 aos institutos da *tutela geral* (art. 273 do CPC) e da *tutela específica* (art. 461 do CPC).

4. É importante assinalar que o texto original da MP n. 1.570, de 26.3.1997, aludia, em seu artigo 2º, a uma importante modificação na Lei n. 8.437, de 30.6.1992, vazada nos seguintes termos: “Artigo 2º - O artigo 1º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: ‘§ 4º - Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.’” O STF, em 15.4.1997, no entanto, suspendeu a eficácia desse dispositivo por seis votos a cinco (*DJU*, de 24.4.1997, p.14.914), fazendo com que a Lei n. 9.494 tomasse por base a MP n. 1.570-5 (5ª reedição), desprovida desse dispositivo e com a conseqüente renumeração dos demais.

Lei n. 4.348, de 26.6.1964

Artigo 5º - Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único - Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Artigo 7º - O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança, que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Lei n. 5.021, de 9.6.1966

Artigo 1º - O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 4º - Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Lei n. 8.437, de 30.6.1992

Artigo 1º - Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º - Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º - Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º - Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º - Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

(Parágrafos 4º e 5º acrescentados por força da MP n. 2.102/2001)

Artigo 3º - O recurso voluntário ou *ex-officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Artigo 4º - Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o co-nhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º - Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de *ação popular* e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º - O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º - Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 4º - *Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.*

§ 5º - É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º - A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º - O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º - *As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.*

(Parágrafos 2º ao 8º com redação determinada pela MP n. 2.102/2001)

Também, segundo o texto normativo da Lei n. 9.494/97, fica alterado o artigo 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que passa a vigor com a seguinte redação:

“A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Se considerarmos em seu conjunto, as restrições impostas pela nova lei vertente – em uma interpretação hermenêutica de feição sistêmica – encerram, sobretudo, *limitações* para o deferimento da *medida liminar* (na verdade, antecipação *in limine*, como já nos referimos) em *tutela específica* (art. 461, § 3º, do CPC), possuindo, no que tange à denominada *antecipação de tutela geral*, prevista no artigo 273 do CPC, no mínimo, *alcance menor*, na própria medida que inexiste na hipótese *provimento liminar inaudita altera pars*, conforme já nos referimos.

Por efeito, o disposto no artigo 5º da Lei n. 4.348/64 e a previsão ínsita no parágrafo 4º do artigo 1º da Lei n. 5.021/66 cingem-se, pelo menos em princípio, a pretensas *medidas liminares* deferidas sem a audiência da parte contrária (possuindo, nesse sentido, nítida característica *cautelar*), o que, em todos os casos, não encontra respaldo de aplicabilidade prática no que tange ao instituto da chamada *tutela antecipada* (art. 273 do CPC), considerando que o escopo de atuação da *antecipação meritória* somente se efetiva após a resposta do réu (ou de audiência específica) e da conseqüente caracterização do *contraditório*.

Como, por outro prisma, os artigos 1º e 3º da Lei n. 8.437/92 aludem expressamente a *procedimento cautelar*, de incontestável natureza diversa em relação ao *instituto antecipatório* (que, por sua vez, apresenta-se com indiscutível matiz *cognitiva*), resta, nesta acepção, a absoluta inaplicabilidade efetiva da restrição *sub examen* e, por efeito conseqüente, a sinérgica possibilidade legal de se prover, pelo menos em princípio, a *antecipação meritória* pretendida, com fulcro no artigo 273 do CPC, após a oitiva do réu (integrante da Fazenda Pública), independente de outras condicionantes legais, com exceção das que tenham por objeto *recursos públicos*, em face da *restrição* imposta pelo artigo 2º B, introduzido por

força da MP n. 1.798/99, e ratificada pela MP n. 2.180/2001 (ainda que sem o anterior parágrafo único), *verbis*:

“Artigo 2º B - A *sentença* que tenha por objeto a *liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equi-paração, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Muni-cípios, inclusive de suas autarquias e fundações, *somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.*”

1.2 Recorribilidade Ampliada

Sob o aspecto recursal, todavia, a nova legislação restritiva da concessão de *tutela antecipada* parece ter plena e sinérgica efetividade.

Nesse sentido, o artigo 7º da Lei n. 4.348/64, assim como os artigos 3º e 4º da Lei n. 8.437/92, ao incluir obrigatório *efeito suspensivo* nos recursos interpostos contra o deferimento da *tutela antecipada*, adiciona importante restrição ao exercício da faculdade anterior de se prover (ou não) efeito suspensivo quando da apreciação do recurso de *agravo*, na modalidade *por instrumento*.

Desta feita, a anterior *opção* do julgador, quando da apreciação do recurso e de seu eventual *provimento*, simplesmente desaparece, ensejando lugar à inafastável imposição do efeito suspensivo no eventual recurso interposto contra a *antecipação* porventura concedida no juízo originário.

Também, o recurso próprio e específico (e, neste particular, até então único) de *agravo* contra a concessão da *antecipação de tutela* enseja lugar a outras possíveis modalidades recursais (até então inadmissíveis *in casu*), como o recurso administrativo de suspensão de efeitos da *antecipação*, apreciada pelo presidente do tribunal a que se encontra vinculado o julgador originário.

1.3 Limites Quanto ao Objeto da Antecipação

Não obstante a doutrina mais abalizada sobre o tema sempre ter manifestado entendimento no sentido de que o objeto próprio e particular da *antecipação de tutela meritória* (art. 273 do CPC) limita-se a prestações futuras – uma vez que as prestações pretéritas (os denominados atrasados em se tratando de prestações periódicas) gozam da prerrogativa de pagamento (e quitação) através de precatórios judiciais, o artigo 1º da Lei n. 5.021/66, aplicável aos artigos 273 e 461 do CPC, não permite mais qualquer dúvida nesse particular, considerando a expressa disposição normativa impeditiva de qualquer forma de antecipação sobre prestações vencidas e/ou anteriores ao ajuizamento da ação em que se deseja o deferimento da tutela antecipada.

Aliás, mesmo antes do advento da disciplina legal restritiva em epígrafe, expressiva parte da jurisprudência já nutria posicionamento nesse sentido, *verbis*:

“*Providência plenamente satisfativa* da pretensão de direito material, que essa Colenda Segunda Turma, a exemplo das demais que integram o Egrégio Tribunal, têm como ato ilegítimo, que ao juízo não é dado proferir na antecipação de tutela para pagamento de vantagens e vencimentos a servidores, aplica-se, por analogia, a vedação da Lei n. 5.021/66.” (TRF 1ª Região - 2ª T., Ag n. 136.882, rel. Juiz Antônio Sávio, maioria, DJU, de 12.5.1997)

1.4 Exigência de Prestação de Caução para o Deferimento da Antecipação de Tutela Cognitiva

Quanto ao acréscimo do parágrafo 4º ao artigo 1º da Lei n. 8.437/92, por força da MP n. 1.570/97, *verbis*:

“§ 4º - Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de *concessão de liminar*, ou de qualquer *medida de caráter antecipatório*, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória;”

Deve ser consignado, em nosso entendimento – de forma diversa do restante do texto normativo – a perfeita correção redacional do dispositivo em análise que expressamente alude, de maneira diferenciada, à concessão de *medida liminar* (de nítida feição cautelar) e à concessão de *medida antecipatória* (como as previstas nos arts. 273 e 461 do CPC (de incontestada natureza cognitiva), ambas em qualquer hipótese, passíveis, com fulcro neste regramento (embora no que diz respeito às providências cautelares já existisse disposição legal semelhante), de garantia real ou fidejussória, na qualidade de autêntica *prestação contracautelar* (ainda que na segunda hipótese – antecipação de tutela meritória – mais certo seria afirmar pela existência *in casu* de verdadeira *prestação cautelar* de garantia).

De qualquer forma, cumpre registrar que o *acréscimo normativo* em questão foi reputado, em votação apertada, seis votos a cinco (*DJU*, de 24.4.1997, p.14.914), *inconstitucional* pelo STF, tendo sido suprimido das reedições subseqüentes da MP n. 1.570/97 e, conseqüentemente, não incorporado ao texto da vigente – Lei n. 9.494/97.

1.5 Constitucionalidade da Lei n. 9.494/97

Em que pesem algumas vozes discordantes, entendemos que *inexiste*, na atual configuração vigente, qualquer vício de ineficácia jurídica (inconstitucionalidade) a macular a Lei n. 9.494/97 em sua disciplina restritiva quanto à concessão da *tutela antecipada* (art. 273 do CPC) ou da *tutela específica* (art. 461 do CPC), na própria medida em que os institutos em questão *não* possuem *natureza cautelar* e, portanto, não encontram abrigo no princípio da inafastabilidade ampliada do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, CF).

O ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/2000

Sérgio A. Nigro Conceição*

Sumário: 1 Considerações preliminares; 2 O artigo 78 do ADCT; 3 Créditos de pequeno valor; 4 Créditos de natureza alimentícia; 5 Os créditos de que trata o artigo 33 do ADCT e suas complementações; 6 Os créditos que já tiveram os seus respectivos recursos liberados ou os valores depositados em juízo.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho tem por objetivo mostrar, ainda que de forma singela, sem outras pretensões, o entendimento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da aplicação da Emenda Constitucional n. 30, de 13 de setembro de 2000.

Por esse motivo, não cabe, nesta oportunidade, uma discussão ampla, acerca de sua constitucionalidade. É que, estando a Emenda Constitucional em pleno vigor e já ajuizada ação direta de inconstitucionalidade, no Colendo Supremo Tribunal Federal, para a qual não foi concedida, até o momento, liminar, tem este Tribunal examinado a sua aplicação aos casos concretos.

Assim, não adentra o Órgão Especial na questão da inconstitucionalidade, dada a própria natureza político-administrativa da representação interventiva.

É freqüente, nos exames desses processos, a alegação de inconstitucionalidade da Emenda n. 30/2000, sob os mais diversos fundamentos.

Sem embargo da relevância da questão, o Órgão Especial tem afastado essa alegação, argumentando que é assente que a intervenção do Estado no Município, por descumprimento de decisão judicial, além de medida excepcional, porque afasta a própria autonomia da pessoa jurídica de direito público interno, tem caráter político-administrativo, embora instaurado esse procedimento, como ressalta v. aresto do Excelso Pretório, perante o órgão competente do Poder Judiciário (Ag. n. 246.281/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 5.8.1999).

Esse r. julgado, trazendo à colação v. arestos daquele Excelso Pretório (Ag. n. 219.149/PR, rel. Min. Nelson Jobim; Ag. n. 239.042/SP, rel. Sydney Sanches; RE n. 203.175/SP, rel. Min. Octávio Gallotti; RE n. 237.571-SP, rel. M. Ilmar Galvão; Pet. n. 1.256/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, v. g.), realça que a atividade do Tribunal de Justiça “decorre do exercício”

(*omissis*) “de uma típica função de natureza político-administrativa, des-vestida, por isso mesmo, de qualquer atributo de índole jurisdicional”.

Essa circunstância traz como consequência a impossibilidade de se admitir a interposição de recurso extraordinário (CF, 102, inc. III) ou especial (CF, art. 105, III) da decisão que vier a ser proferida, pois não existe um ato jurisdicional emanado do Poder Judiciário em decorrência da sua função própria e específica, porquanto não existe a “*causa*”, diante do seu caráter político-administrativo.

Fixadas essas premissas, verifica-se não ser possível a este Tribunal examinar a constitucionalidade, ou não, da Emenda n. 30/2000, em face da circunstância de a decisão ser proferida no exercício de uma típica função político-administrativa e não ser passível de qualquer destes recursos.

Este Tribunal, sem divergência de votos, já teve oportunidade de apreciar a questão no Agravo Regimental n. 60.498.0/2, mantendo o r. entendimento do E. Presidente Desembargador Márcio Bonilha, no qual destaca existir no Excelso Pretório alegação de inconstitucionalidade da Emenda n. 30/2000 (Intervenção Federal n. 551-5, rel. Min. Marco Aurélio; e ADIn n. 2.356-0, rel. Min. Néri da Silveira).

O r. despacho fixou a diretriz que tem sido seguida nesta Corte, inclusive em relação aos pedidos para que se aguarde o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade já ajuizadas. Ressalta a decisão do E. Presidente que não existe “qualquer comando do Supremo Tribunal Federal, no sentido de suspender a eficácia e a vigência dos dispositivos da Emenda Constitucional n. 30/2000, especialmente o que acrescentou o artigo 78 ao ADCT”. E, a seguir, acrescenta que “determinar a paralisação do presente pedido de intervenção significa, em última análise, antecipar-se ao pronunciamento da Suprema Corte. Em outras palavras, equivaleria, em termos práticos, aos efeitos da liminar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.356-0, mas ainda não concedida pelo Excelso Pretório”.

Como decorrência, já ajuizada, no Colendo Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 2.356-0), a ação em que é questionada a inconstitucionalidade desta Emenda, não pode este Tribunal examiná-la, sob pena de usurpar a função própria e específica do Supremo Tribunal Federal.

Não é admissível, como decorrência, deixar de aplicar a Emenda Constitucional n. 30/2000, uma vez que não há decisão do Excelso Pretório, ainda que provisória, em sede de liminar, a respeito de sua constitucionalidade. Não se pode olvidar que àquele Colendo Tribunal é atribuída, por força do disposto no artigo 102 da Constituição Federal, a guarda da Constituição, estando já *sub judice* a alegada inconstitucionalidade aqui questionada.

2 O ARTIGO 78 DO ADCT

Examinado o artigo 78 da Emenda Constitucional n. 30/2000, em sua ordem direta, consideradas as limitações feitas, verifica-se que serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos: “a) os *precatórios pendentes na data da promulgação da Emenda*; b) *os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999*”. O prazo citado fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único na época da imissão na posse.

A Emenda, *por exceção*, permite a decretação da intervenção estadual no Município em relação aos créditos: a) definidos em lei como de pequeno valor; b) os de natureza alimentícia; c) os de que trata o artigo 33 do ADCT e suas complementações; d) os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados; e) ou os valores depositados em juízo.

Essas exceções, especificamente, serão objeto de algumas considerações, nesta oportunidade, realçando o entendimento adotado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3 CRÉDITOS DE PEQUENO VALOR

A Emenda Constitucional abriu exceção ao prosseguimento das representações interventivas, quanto aos *créditos definidos em lei como de pequeno valor*.

Muitas vezes, surgem pedidos de intervenção, tendo por objeto quantias pequenas, o que permite seja essa questão suscitada.

Não há, a respeito dessa matéria, uma orientação definida do Órgão Especial que, inicialmente, chegou a decretar a intervenção, quando as quantias representativas dos créditos dos requerentes giravam em torno de R\$ 10.000,00.

Em oposição a essa orientação, surgiu outra, que está se firmando, no sentido de que, enquanto não houver a lei definindo os créditos de pequeno valor, não se pode permitir o prosseguimento dos pedidos, impondo-se a extinção do processo.¹

Esse entendimento inclui todo e qualquer crédito – não incluído em nenhuma outra exceção – como pendente, quando decorrente de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, porque não são créditos *definidos em lei* como de pequeno valor.

Segundo essa orientação, o valor em si, quando pequeno, não tem maior significação, por não ser possível cogitar de aplicação analógica de outras disposições legais – processuais, fiscais ou de outra natureza.

Realmente, a disposição constitucional, constante do artigo 78 do ADCT, é de eficácia contida – segundo a classificação adotada pelos constitucionalistas.

1. Nesse sentido, TJSP – IE n. 61.902.0/3, rel. Des. Luiz Tâmbara; TJSP – IE n. 60.189 e Emb. Decl. n. 56.123.0/8-01, ambos relatados pelo Des. Nigro Conceição.

As normas de eficácia contida, como destaca Alexandre de Moraes, são aquelas em “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.²

Assim, essa disposição constitucional está, pois, na dependência de outra lei, que venha a definir o pequeno valor para efeito de inclusão, ou não, entre as exceções abertas pelo texto legal.

Existe, na atualidade, projeto de lei do Governo do Estado, em tramitação na Assembléia Legislativa, fixando o valor desses créditos de pequeno valor em até 732,4516 UFESPs, independente da sua natureza, mas, enquanto não transformado em lei, não se pode permitir o prosseguimento de representação interventiva, mediante aplicação analógica, impondo-se a extinção do processo, sem exame do mérito.

4 CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTÍCIA

Os créditos dessa natureza são somente os enumerados no artigo 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal, ou seja, os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundados em responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

Não se incluem, entre os créditos desta natureza, os decorrentes de prestação de serviço, realizados por empresa, como já decidiu este Tribunal.³

2. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 39, n. 4-4.1.

3. TJSP – IE n. 57.415.0/6-00, rel. Des. Nigro Conceição.

Muitas vezes, tem sido postulado o prosseguimento do pedido em relação à verba honorária advocatícia, imposta por força do princípio da sucumbência, mas a orientação seguida é contrária à sua inclusão.

Embora, isoladamente considerada, os Tribunais reconheçam a natu-reza alimentícia da verba honorária, não tem esse entendimento prevalecido quando imposta a título de sucumbência.

Nessas hipóteses, nos estreitos limites da norma constitucional, segue a verba honorária a destinação da obrigação principal. Assim, tendo sido imposta numa desapropriação que não está incluída entre as exceções previstas no artigo 78 do ADCT, não pode o pedido de intervenção estadual prosseguir somente com relação aos honorários. Estes, necessariamente, seguem a obrigação principal. Assim, se o titular do domínio for receber no prazo de dez anos, a verba honorária deverá ser paga juntamente com a indenização, sendo dividida como prevê o dispositivo citado⁴. Não importa que os honorários, isoladamente considerados, tenham natureza alimentícia, pois, no caso, sendo acessórios da obrigação principal, seguem a destinação desta.

É importante ressaltar, contudo, que se os honorários, em determinada hipótese, constituem indenização devida – v. g. ação indenizatória por invalidez, decorrente de acidente, em que a própria vítima postula em causa própria, não se aplica o entendimento anterior, tendo em vista que, neste caso, a natureza alimentícia subsiste.

5 OS CRÉDITOS DE QUE TRATA O ARTIGO 33 DO ADCT E SUAS COMPLEMENTAÇÕES

O legislador excluiu – no que agiu acertadamente – os créditos que, por força de disposição contida na própria Constituição, anteriormente já sofreram parcelamento.

Não poderia o credor, em relação a um mesmo crédito, ser penalizado

4. TJSP – IE n. 60.168.0/7, rel. Des. Luiz Tâmbara; TJSP IE n. 59.883.0/5-00, rel. Des. Nigro Conceição.

duplamente.

Assim, se o crédito já sofreu, por força de aplicação de disposição do ADCT (art. 33) um pagamento mediante prestações anuais e insuficientes, não pode, agora, ser novamente parcelado.

Entretanto, é preciso que ao crédito tenha havido incidência do artigo 33 do ADCT, para que incida a nova disposição constitucional. Não basta, assim, que ainda exista um saldo credor decorrente de sucessivos pagamentos insuficientes efetuados pela expropriante.

A disposição constitucional (ADCT, art. 33) expressamente exigia, para o parcelamento em oito anos, uma “decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição”.

Assim, ainda que tenha o pagamento sido efetuado, de forma irregular, pelo Município, mediante sucessivos depósitos insuficientes – pouco importando o tempo decorrido –, não tendo incidido a regra do artigo 33 do ADCT, é possível o parcelamento, agora, nos termos do artigo 78.⁵

6 OS CRÉDITOS QUE JÁ TIVEREM OS SEUS RESPECTIVOS RECURSOS LIBERADOS OU OS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO

O dispositivo constitucional permite o prosseguimento da representação e a decretação da intervenção em relação aos créditos que tiveram seus recursos liberados ou depositados em juízo.

Os créditos com recursos liberados, mencionados no artigo 78 do ADCT, compreendem aqueles cujo numerário correspondente ao pagamento já foi autorizado pelo expropriante ou depositado em juízo.

A simples inserção do valor do crédito no orçamento, obviamente, não

5. TJSP – IE n. 56.194.0/9-00, rel. Des. Nigro Conceição.

constitui a liberação de recursos mencionada no texto constitucional.

Cogita-se, aqui, portanto, de liberação material e real do montante do precatório, ou seu depósito em juízo, e não simples previsão orçamentária de recursos necessários ao cumprimento de precatório.⁶

Todos os demais créditos, que não estejam compreendidos nessas exceções, são pendentes de pagamento e sujeitos ao parcelamento em dez ou dois anos, desde que decorrentes de ações ajuizadas anteriormente a 31.12.1999.

6. TJSP – Emb. Decl. n. 56.123.0/8-01 – São Paulo.

AGÊNCIAS REGULADORAS

Alexandre de Moraes¹

Sumário: 1 Evolução interpretativa da teoria da separação dos poderes; 2 Separação de poderes e função legiferante – delegação legislativa; 3 Conceito e caracterização das agências reguladoras; 4 Controle das agências reguladoras; 5 Conclusão.

1. Promotor de Justiça e Assessor do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor da Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1 EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal, visando principalmente evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “Separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *Política*, detalhada posteriormente por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E foi, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e sendo prevista no artigo 2º da nossa Constituição Federal.²

Ressalte-se que o ponto central da Separação de Poderes, idealizada por Aristóteles e consagrada posteriormente por Montesquieu, foi a proibição de uma única pessoa ou um único órgão exercer todas as funções referentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como ele salientou, “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer

2. Nuno Piçarra faz detalhado estudo sobre a falência da idéia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais (*A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264).

as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.³

Dessa forma, a clássica divisão dos poderes, como afirma o professor Nicola Matteucci, da Universidade de Bolonha, “parece, assim, tanto na versão de Montesquieu como na de Kant, pouco útil para a compreensão do funcionamento dos nossos sistemas parlamentares, onde perdeu valor toda a distinção entre executivo e legislativo e existe, em lugar disso, a continuidade do poder ou um processo político que começa nas eleições e termina na ação do Governo”.⁴

Há, portanto, necessidade de adaptação da Teoria da Separação dos Poderes ao sistema político-constitucional atual, pois não mais existe o antigo Estado Liberal, modelo utilizado para as regras estabelecidas por Locke, Kant e Montesquieu, sem que com isso afastemo-nos das garantias básicas consagradas pelo constitucionalismo; mesmo porque devemos afastar a tentação de identificarmos o constitucionalismo unicamente com a Separação de Poderes, pois essa teoria foi elaborada no século XVIII, para controlar os regimes monárquicos e a aristocracia e está contida dentro da doutrina maior das garantias constitucionais.⁵

Nos Estados modernos, deve prevalecer o objetivo inicial e principal da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos

3. Montesquieu, *O espírito das leis*, trad. Pedro Vieira Mota, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.

4. Nicola Matteucci, Constitucionalismo, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, 5. ed., Brasília: UNB, 2000, v. 1. p. 250.

5. É clássica a tentação de identificarmos o constitucionalismo com a separação de poderes, desde Locke, Montesquieu e Kant, passando pela clássica obra de Carl Friedrich (*Constitutional government and democracy*), até os dias de hoje. Porém, segundo o professor Nicola Matteucci, “o princípio jurídico da separação dos poderes, tão freqüentemente proclamado e exaltado pela ciência jurídica, se não for aprofundado, corre o risco de se tornar um dogma ambíguo e misterioso por duas razões: de um lado, pela diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a exigência da divisão do poder e, do outro, pela impossibilidade de explicar, de modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democráticos, partindo deste dogma, formulado no século XVIII com vistas a regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía poder político. Não só isso: é um dogma perigoso, porque não garante eficazmente a liberdade do cidadão” (Constitucionalismo, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, cit., v. 1, p. 248).

e independentes, qual seja, a finalidade de proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente, porém, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que essa fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).⁶

Portanto, na caracterização da Separação dos Poderes, como garantia do constitucionalismo, mais importante que a rigidez clássica apontada por Locke, Kant e Montesquieu, será a inexistência de concentração do Poder em um único e onipotente órgão e a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÃO LEGIFERANTE – DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

A partir da necessidade de adaptação da Teoria da Separação dos Poderes aos Estados modernos, no presente estudo, nos interessa, principalmente, a função legiferante exercida pelo Poder Legislativo e a eventual possibilidade de sua delegação a órgãos executivos, pois assim como houve evolução na interpretação da clássica tripartição, também não mais subsiste o conceito clássico de *lei* do Estado Liberal.⁷

O conceito de *Lei*, em seu sentido clássico no Estado Liberal, como resultado da atuação do *Parlamento*, dentro da idéia de *Separação dos*

6. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 360.

7. Importante lembrar a lição de Nicola Matteucci: “Por outro lado, a lei é cada vez menos o resultado de uma iniciativa autônoma do Parlamento, já que, na maioria dos casos, as assembléias representativas se limitam a votar os projetos de lei propostos pelo Governo. Em resumo, hoje se esqueceu a distinção entre direito e política, entre o legislar e o governar; na realidade, hoje se administra e governa por meio de leis, não segundo as leis. Assim, o Parlamento não é mais um órgão de controle do Poder Executivo, mas um órgão de Governo” (Constitucionalismo, cit. supra, p. 250).

Poderes tinha como função definir uma ordem abstrata de justiça, com pretensão de estabilidade e permanência e sobre a qual os cidadãos poderiam planejar suas vidas com segurança e certeza, conhecendo os limites da liberdade que a *lei* oferecia e o alcance exato da permissão legal à submissão ao Poder Público. Hoje, diferentemente, a *lei*, além de definir uma situação abstrata com pretensão de permanência, busca a resolução de problemas concretos, singulares e passageiros, gerando, no dizer de Garcia de Enterría, uma verdadeira *inflação legislativa*.⁸

Em face dessa alteração histórica na utilização da *lei*, é notória a diferença dessas novas normas com o conceito de *lei* imaginado pelo pensamento liberal clássico, principalmente em relação ao Direito Administrativo, onde se ordenam *políticas públicas singulares*, caracterizadas pela contingência e singularidade dos casos concretos específicos. Garcia de Enterría exemplifica essa evolução histórica, que aproximou a *lei* dos meros *regulamentos*, com a necessidade de disciplinar matérias destinadas a articular e organizar fomento do emprego, crescimento econômico, educação, saúde, proteção ao meio ambiente etc.⁹

Um primeiro momento claro dessa evolução da Ciência Política, a partir da necessidade fática¹⁰, ocorreu com as aceitação das denominadas leis-delegadas. Nelson Sampaio nos expõe as razões de expansão da legislação delegada, resumidas em relatório apresentado pelo *Committee on Ministers Powers*, da Grã-Bretanha, de 1932: falta de tempo do Parlamento, pela sobrecarga das matérias; caráter técnico de certos assuntos; aspectos

8. Eduardo Garcia de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocada*, Madrid: Civitas, 1999, p. 50.

9. *Ibidem*, p. 51.

10. Alex de Tocqueville, ao analisar o Poder Legislativo americano no século XIX, afirmava a necessidade da Ciência Política acompanhar a evolução, afirmando que "o princípio da divisão do poder legislativo recebeu assim sua derradeira consagração; portanto podemos considerar a partir de então como uma verdade demonstrada a necessidade de partilhar a ação legislativa entre vários corpos. Essa teoria, mais ou menos ignorada nas repúblicas antigas, *introduzida no mundo quase por acaso, como acontece com a maioria das grandes verdades*, desconhecida de vários povos modernos, entrou enfim como um axioma na ciência política de nossos dias" (*A democracia na América*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 96).

imprevisíveis de certas matérias a ser reguladas; exigência de flexibilidade de certas regulamentações; possibilidade de fazerem-se experimentos através da legislação delegada; situações extraordinárias ou de emergência.¹¹

Note-se que a própria Grã-Bretanha atenuou, em face da evolução do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social, e, conseqüentemente, da ampliação das funções dos diversos órgãos da Administração Pública, as idéias clássicas de Locke, para quem o “Legislativo não deve nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja ou depositá-lo em quaisquer outras mãos, senão em quem o povo o depositou”.¹²

A continuidade da atenuação das idéias liberais clássicas da impossibilidade absoluta de delegação legislativa é uma conseqüência do novo panorama administrativo do Estado, que exige a *descentralização* e que traz consigo novas exigências de *celeridade*, *eficiência* e *eficácia fiscalizatória* incompatíveis com o modelo anacrônico da burocracia tradicional, gerada a partir das idéias liberais de Separação de Poderes e inaplicável, em face do aumento de ingerência do Poder Público na sociedade.¹³

A insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos, acarretou uma reforma de mentalidade administrativa, com a ocorrência de diversas privatizações,

11. Nelson Sampaio, *O processo legislativo*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 547.

12. John Locke, *Dois tratados sobre o governo civil*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 514. Essa evolução fica clara ao analisarmos os estudos de John Locke, que, também entendia que “o Poder Legislativo é aquele que tem o direito de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la a seus membros. No entanto, como essas leis devem ser constantemente executadas e sua força deve vigorar para sempre, podem ser elaboradas em pouco tempo e, portanto, não é preciso que o legislativo se mantenha para sempre, uma vez que nem sempre terá ocupação” (ibidem, p. 516); e mais adiante, afirmou que “não é necessário, nem tão conveniente, que o legislativo esteja sempre em função. Mas é absolutamente necessário que o Poder Executivo esteja, pois, se nem sempre é preciso elaborar novas leis, sempre há necessidade de execução das leis já elaboradas” (ibidem, p. 521). Essas idéias são incompatíveis com o atual momento político da humanidade.

13. Mauro Roberto Gomes de Mattos corrobora essa idéia, afirmando que “se tal incumbência ficasse a cargo do Poder Executivo diretamente, a burocracia seria total, emperrando a fiscalização da qualidade e das metas traçadas pelo contrato de concessão/permissão, prejudicando o próprio processo de privatização” (Agências reguladoras e suas características, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 73, out./dez. 1999). Conferir, ainda: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 147.

sempre com a finalidade de descentralização dos serviços públicos, pois, como salientam Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, as funções e atividades a serem realizadas pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que depende essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural, e diferente também, em função do contexto sócio-econômico em que se produzem.¹⁴

Como destacam Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, “desatre-la-se, assim, o Poder Público das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos”.¹⁵

O novo papel do Estado exigiu uma mudança extremamente radical na maneira de gerir os serviços públicos, exigindo-se uma maior descentralização.

Assim, o Poder Público passou a se concentrar na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões ou concessões ao setor privado.¹⁶

A extensa variedade das atividades administrativas, como salienta Giorgio Pastori, da Universidade Católica de Milão, fez com que a administração pública fosse “colocada numa relação imediata com os objetivos a atingir e com as instituições políticas e sociais, num quadro constante de interdependência entre escolhas e resultados. É por este motivo que se assiste hoje a um processo de fragmentação que atinge a Administração Pública (...) o

14. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 2000, v. 1, p. 26. Essa mesma constatação é feita por Caio Tácito, ao afirmar que “o direito administrativo brasileiro reflete, historicamente, a sucessão de períodos nos quais a presença do Estado se harmoniza com a participação do capital privado” (Agências reguladoras na administração, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1, jul./set. 2000).

15. Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, Agências reguladoras, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 143, jan./mar. 1999.

16. Conferir nesse sentido: Augustin Gordilho, *Tratado de derecho administrativo*, 3. ed., Buenos

problema administrativo parece que poderia resolver-se superando as estruturas burocráticas, na prefiguração de dois tipos distintos de administração: a administração política, inserida nas novas estruturas de Governo, e a administração social, correspondente às estruturas de gestão, expressão do autogoverno das coletividades territoriais e pessoais que agem no seio da comunidade nacional”.¹⁷

Dessa forma, a moderna Separação dos Poderes mantém a *centralização governamental* nos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo – que deverão fixar os preceitos básicos as metas e finalidades da Administração Pública, porém exige maior *descentralização administrativa*, para a consecução desses objetivos.¹⁸

Giorgio Pastori aponta essa mesma tendência de separação entre a *centralização política* e a *descentralização administrativa*, demonstrando a necessidade de ruptura da unidade do sistema administrativo e o surgimento de diversos pólos administrativos.

Ensina o citado autor italiano que “respeitando a unidade do poder político-governamental, dentro da área da administração, verifica-se, desde o início do século, o recurso, cada vez mais generalizado, a órgãos e a empresas autônomas, ao mesmo tempo que, o Governo, pouco a pouco, mediante intervenção, anexa novos campos de ação e coloca novas exigências de promoção operacional nos diversos setores econômico-sociais. A organização interna de tais estruturas não se diferencia substancialmente da ministerial, da qual reproduz as principais disfunções, sem assegurar as vantagens desejadas, seja em ordem a uma maior correspondência política, seja em ordem

Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, v. 2. p. 4 e ss.

17. Giorgio Pastori, Administração Pública, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, 5. ed., Brasília: UNB, 2000, v. 1, p. 15.

18. Essa idéia de centralização governamental e descentralização administrativa foi muito bem observada por Alex de Tocqueville, ao analisar o funcionamento dos poderes nos Estados Unidos da América: “Quanto a mim, não conseguiria conceber que uma nação seja capaz de viver nem, sobretudo, de prosperar sem uma forte centralização governamental. Mas penso que a centralização administrativa só serve para debilitar os povos que a ela se submetem, porque tende sem cessar a diminuir entre eles o espírito de cidadania” (*A democracia na*

a uma maior eficiência administrativa”.¹⁹

Nesse contexto, o Direito brasileiro incorporou, principalmente, do Direito norte-americano, a idéia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos e, conseqüente, gerenciamento e fiscalização pelas Agências Reguladoras.

Assim, entendemos que as Agências Reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação²⁰, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades.²¹

O Congresso Nacional permanecerá com a *centralização governamental*, pois decidirá politicamente sobre a delegação e seus limites às Agências Reguladoras, porém efetivará a descentralização administrativa, permitindo o exercício do poder normativo para a consecução das metas traçadas na lei.²²

O Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – *standards* –, ca-

América, cit., p. 99).

19. Giorgio Pastori, Administração Pública, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, cit., v. 1, p. 14.

20. Cf. nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 398; Arnoldo Wald; Luiza Rangel de Moraes, Agências reguladoras, cit., p. 153. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “trata-se, como visto, de uma forma de delegação, com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional, Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo” (Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 35, p. 154).

21. Nesse sentido, Giorgio Pastori afirma que “já que as leis tendem cada vez mais a fixar os objetivos últimos e a deixar necessariamente amplo espaço para a ação executiva, compete a esta substancialmente determinar as próprias modalidades de participação no espaço e no tempo, fixando, ou melhor, projetando concretamente o programa a desenvolver”. (Administração Pública, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, cit.,

bendo às Agências Reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão a exercer, de *maneira exclusiva*²³, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à Administração Direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões ou concessões.

Essa transferência de atividades decisórias e regulatórias da Administração Direta para as Agências Reguladoras deverá, obrigatoriamente, ser feita por lei, de iniciativa do Poder Executivo, e estar relacionada à promoção de eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária.

A lei fixará os parâmetros da atuação das Agências Reguladoras – *manutenção da centralização governamental* –, conferindo suas atribuições administrativas diretamente ligadas à regulação e fiscalização dos *serviços relacionados* com os contratos de concessão ou permissão de sua respectiva área²⁴, inclusive sobre a fixação de tarifas e a aplicação de penalidades, *previamente previstas em lei e mediante procedimento administrativo garantida a ampla defesa e o devido processo legal*, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal (*descentralização administrativa*).²⁵

Como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “essa competência

v. 1, p. 15).

22. Diogo de Figueiredo Moreira Neto também admite essa delegação, afirmando que “admitir-se de outro modo, se estaria aceitando uma redução de poderes do Congresso para dispor, conforme a matéria e as circunstâncias, sobre como deverá exercer sua própria competência” (*Mutações do direito administrativo*, cit., p. 172).
23. O professor Fábio Roversi-Monaco, da Universidade de Bolonha, corrobora esse entendimento, afirmando que a descentralização administrativa “implica a transferência de uma atividade decisória para os órgãos administrativos periféricos, não meramente executiva ou preparatória, e a ruptura completa do módulo hierárquico como módulo essencial do relacionamento entre si dos órgãos administrativos” (*Descentralização e centralização*, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, 5. ed., Brasília: UNB, 2000, v. 1, p. 334).
24. Esse é o mesmo entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao apontar que “as atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviços resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesse tipos

normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta”.²⁶

Será absolutamente vedado às agências atuarem em desrespeito às normas legais definidoras de suas funções, pois como salienta Mauro Roberto Gomes de Mattos, “é claro que as agências não possuem cheque em branco para agir como bem entendem, divorciadas do princípio da legalidade, eis que vinculadas a este princípio por submissão aos comandos legais voltados para a administração pública direta e indireta”.²⁷

Igualmente, as agências reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica – ou seja, regulamentar matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico em sua lei instituidora (*standards*); nem tampouco poderão criar ou aplicar sanções não previstas em lei.

3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A origem remota das Agências Reguladoras é inglesa, a partir da criação pelo Parlamento, em 1834, de diversos órgãos autônomos, com a finalidade

de contratos ou atos de delegação” (*Direito administrativo*, cit., p. 397).

25. Como salienta Arnoldo Wald e Luiza Moraes, as agências “devem basear sua atividade nas disposições legais, sendo-lhes vedada a imposição de ônus e de penalidades que não estejam previstos na lei, tanto quanto não podem criar obrigações para os concessionários que não encontrem amparo na lei e no contrato de concessão” (*Agências reguladoras*, cit., p. 153).

26. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 162.

de aplicação e concretização dos textos legais.

Posteriormente, em virtude da influência do direito anglo-saxão, os Estados Unidos criaram, em 1887, a *Interstate Commerce Commission*, iniciando, assim, a instituição de uma série de agências²⁸, que caracterizam o Direito Administrativo norte-americano como o “direito das agências”, em face de sua organização descentralizada, existindo várias espécies de agências: reguladoras (*regulatory agency*); não-reguladoras (*non regulatory agency*); executivas (*executive agency*); independentes (*independent regulatory agency or commissions*).²⁹

O grande número de agências norte-americanas criadas por diversas leis dificultava a padronização de seus procedimentos decisórios, dificultando, inclusive, a defesa dos particulares perante esses órgãos. Para solucionar esse problema, em 1946 foi editado o *Administrative Procedure Act* – Lei de Procedimento Administrativo, que estabeleceu procedimentos uniformes para as diversas agências.

Ocorre, porém, que o Direito Administrativo brasileiro, diferentemente do norte-americano (“*direito das agências*”), teve forte e decisiva influência francesa e, conseqüentemente, incorporou as idéias de *centralização administrativa e forte hierarquia*.

Já no século XIX, Alex de Tocqueville, ao comparar as Administrações Públicas francesa e norte-americana, apontava ser a principal diferença entre ambas a intensidade do grau de centralização, tendo destacado que, nos Estados Unidos, “a descentralização foi levada a um grau que nenhuma nação européia seria capaz de suportar, penso eu, sem profundo mal-estar, e que inclusive produz efeitos importunos na América (...). A descentralização

27. Mauro Roberto Gomes de Mattos, *Agências reguladoras e suas características*, cit., p. 77.

28. Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 136; Caio Tácito, *Agências reguladoras na administração*, cit., p. 4.

29. Cf. Eloisa Carbonell; José Luis Muga, *Agências y procedimiento administrativo en Estados*

administrativa produz na América vários efeitos diversos. Vimos que os americanos tinham *quase inteiramente isolado a administração do governo*; nisso eles parecem-me ter ultrapassado os limites da razão sadia; porque a ordem, mesmo nas coisas secundárias, ainda é um interesse nacional”.³⁰

A mesma advertência é feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao lembrar que “enquanto no sistema europeu continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma séria de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências”.³¹

Essas características diversas decorrentes de cada ordenamento jurídico devem ser levadas em conta, ao adaptarmos as agências reguladoras ao Direito Administrativo brasileiro.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como *autarquias de regime especial* integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade, ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira.³²

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XIX, determina que somente por lei específica poderá ser criada autarquia; que, em face da incidência do princípio da especialidade, não poderá afastar-se, no exercício de suas atividades, das finalidades e dos objetivos determinados na lei de

Unidos de América, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 22 e ss.

30. Alex de Tocqueville, *A democracia na América*, cit., p. 101.

31. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 391.

32. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 83; Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

sua criação.³³

Além disso, as Agências Reguladoras estão sendo criadas para realizar as tradicionais atribuições da Administração Direta, na qualidade de Poder Público concedente, nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.

Derivam, pois, da idéia acima analisada da necessidade de *descenralização administrativa* e têm como função a regulação das matérias afetas à sua área de atuação e a permanente missão de fiscalizar a eficiência na prestação dos serviços públicos pelo concessionários, permissionários e autorizados.³⁴

Como salienta Odete Medauar, “com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas agências reguladoras”.³⁵

A grande novidade das Agências Reguladoras consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazerem parte da Administração Pública indireta.

Observe-se que as duas únicas agências previstas diretamente no texto constitucional são a ANATEL e a ANP, com referência expressa à função

Mutações do direito administrativo, cit., p. 148; Caio Tácito, *Agências reguladoras na administração*, cit., p. 1; Arnoldo Wald; Luiza Rangel de Moraes, *Agências reguladoras*, cit., p. 145; Maria Sylvia Zanella Di Pietro *Direito administrativo*, cit., p. 396; Mauro Roberto Gomes de Mattos, *Agências reguladoras e suas características*, cit., p. 73; Eurico de Andrade Azevedo, *Agências reguladoras*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 141, jul./set. 1998.

33. Redação dada pela EC n. 19/98. Para conferir comentários a essa alteração: Alexandre Moraes, *Reforma administrativa*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 53.

34. Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos afirma que “à Agência Reguladora compete a permanente tarefa de fiscalizar a implementação das técnicas gerenciais modernas, com o objetivo que o concessionário preste serviço público com eficiência, qualidade e preços competitivos. Para isso, o Estado deverá criar e manter condições favoráveis ao desenvolvimento econômico (infra-estrutura), defendendo o mercado e as liberdades econômicas das pessoas vinculadas a prestação dos serviços públicos” (*Agências Reguladoras e suas características*, cit., p. 71).

de “órgão regulador”, contida nos artigos 21, XI, e 177, parágrafo 2º, III.

A independência funcional e financeira das Agências Reguladoras é consagrada pela presença dos seguintes preceitos obrigatórios nas suas leis de criação: independência financeira; escolha dos instrumentos de regulação e modo de nomeação de seus dirigentes.

A independência financeira deverá ser assegurada pela disponibilidade de recursos humanos e infra-estrutura material fixados em lei, além da previsão de dotações consignadas no orçamento geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos.

Além disso, a lei poderá estabelecer, como na hipótese da ANP (Agência Nacional de Petróleo – Lei n. 9.478/97), outras receitas: parcela das participações governamentais em bônus de assinatura e participações especiais, de acordo com as necessidades operacionais da ANP, consignadas no orçamento aprovado; recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas; doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica; os valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade; os valores decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, excluído, porém, o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras.

Em relação ao *modo de nomeação de seus dirigentes*, as leis instituidoras das Agências Reguladoras devem prever mandato certo e impossibilidade de demissão *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo. A escolha dos dirigentes das Agências Regulatórias pelo Presidente da República, também, deveria ser feita com base em critérios capacitários previstos em lei, a fim de diminuir-se a ingerência política das nomeações.³⁶

A previsão de mandato certo também nos parece garantia de independência e será mais completa se sua duração não coincidir com a duração do mandato presidencial.

A Lei n. 9.427/96 (ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica), em seu artigo 5º previu mandato de quatro anos para seus dirigentes. Por sua vez, a Lei n. 9.478/97 (ANP – Agência Nacional de Petróleo), em seu artigo 11, parágrafo 3º, estabeleceu que os membros da diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução. A Lei n. 9.961/2000 (ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar), em seu artigo 6º, parágrafo único, estabeleceu mandato de três anos, admitida uma recondução. A Lei n. 9.984/2000 (ANA – Agência Nacional de Águas), em seu artigo 9º estabeleceu mandato de quatro anos.

Diversamente, porém, a Lei n. 9.883/99 (ABIN – Agência Brasileira de Inteligência) não instituiu mandato para seu diretor-geral.

Observe-se, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o novo estágio do Direito Administrativo, a partir do binômio privatização/eficiência, permitiu à lei estadual a fixação de mandato certo e impossibilidade de destituição *ad nutum* dos dirigentes das Agências, na ADIn n. 1.949. Observe-se que o STF excepcionou a regra geral da impossibilidade da lei criar outras formas de acesso à Administração Pública que não sejam o concurso público ou os cargos em comissão ou funções de confiança de livre escolha do Chefe do Executivo.

A legislação, também, previu a participação do Senado Federal na escolha dos dirigentes das Agências. A Lei n. 9.427/96 (ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica), em seu artigo 5º; a Lei n. 9.478/97 (ANP – Agência Nacional do Petróleo), em seu artigo 11, parágrafo 2º; a Lei n. 9.883/99 (ABIN – Agência Brasileira de Inteligência), em seu artigo 11, parágrafo único; a Lei n. 9.961/2000 (ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar), em seu artigo 6º, parágrafo único.

Diversamente, porém, a Lei n. 9.984/2000 (ANA – Agência Nacional

35. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 82.

36. Nesse mesmo sentido, Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes argumentam que: “Outros requisitos podem ser ainda exigidos, como pré-requisito à ocupação desses cargos, tais como especialização técnica, aferida por meio de antecedentes técnicos comprovados e até

de Águas) previu em seu artigo 9º a escolha da diretoria colegiada pelo Presidente da República, e no parágrafo 1º, a escolha do diretor-presidente da ANA pelo Presidente da República, entre os membros da diretoria colegiada, inexistindo participação do Senado Federal.

Posteriormente, porém, a Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, padronizou a escolha de seus dirigentes, prevendo no artigo 4º que “as Agências serão dirigidas em regime de Colegiado, por um conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente; e em seu artigo 5º que “o Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após a aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do artigo 52 da Constituição Federal”.

O artigo 6º da referida Lei n. 9.986/2000 estabeleceu que o mandato dos conselheiros e dos diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

Esse mecanismo de freios e contrapesos foi destacado por Alex de Tocqueville, que, ao analisar as nomeações americanas para o funcionalismo público, constatou que “o Senado é habitualmente um corpo legislativo; algumas vezes, porém, torna-se corpo administrativo e judiciário. Ele toma parte na administração de várias maneiras, conforme as diferentes constituições; mas é concorrendo para a escolha dos funcionários que penetra de ordinário na esfera do poder executivo”.³⁷

Igualmente, em relação ao mandato dos dirigentes das Agência Reguladoras, parece-nos importante a previsão de “quarentena” para seus dirigentes, impossibilitando-os de assumir cargos em empresas das quais a Agência Reguladora mantinha relação de fiscalização.

Essa previsão, inexistente nas leis que criaram as agências, foi instituída, posteriormente, pelo artigo 8º da Lei n. 9.986/2000, que determinou que “o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de 4 (quatro) meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato”. A lei ainda estabeleceu que, durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu.

A demissão imotivada do dirigente da Agência Reguladora configurará ilegalidade, sanável judicialmente.

4 CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A possibilidade de controle das Agências Reguladoras, em face de sua independência, é outro tema polêmico a ser melhor analisado pela doutrina administrativista pois, mesmo no modelo norte-americano de agências, o controle vem crescendo.

Nos Estados Unidos ampliou-se o controle judicial sobre os atos das agências, permitindo-se ao Poder Judiciário, como lembra Maria Sylvia Di Pietro, “não apenas o procedimento, como também a razoabilidade das decisões diante dos fatos e a proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei”.³⁸

Esse crescente controle das agências pelos poderes constituídos do Estado confirma a necessidade de manutenção do binômio *centralização governamental e descentralização administrativa*.

Entendemos que, apesar de sua independência, as Agências Reguladoras devem sofrer controle dos Poderes constituídos, em face da necessária manutenção dos sistema de freios e contrapesos caracterizador

de seleção aberta para a postulação de cargos” (Agências reguladoras, cit., p. 146).
37. Alex de Tocqueville, *A democracia na América*, cit., p. 95.

da idéia de Separação de Poderes e a manutenção da *centralização governamental*.

O *Poder Executivo*, além de permanecer com a iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir; mantém a coordenação geral da Administração Pública, indicando no projeto de lei quais as funções e finalidades da respectiva agência. Mantém, ainda, a possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão e a indicação dos dirigentes da agência.³⁹

Em relação ao *Poder Legislativo*, o desrespeito aos parâmetros básicos estabelecidos na delegação legislativa poderá acarretar a sustação desses atos normativos, com base no artigo 49, V, da Constituição Federal.

O artigo 49, V, da Constituição Federal (“*É da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”), tradicionalmente utilizado para as leis delegadas, deverá, a partir da incorporação das Agências Reguladoras em nosso ordenamento jurídico, servir de mecanismo de controle legislativo ao eventual exagero das agências no exercício de seu poder normativo, pois a Carta Magna fala em controle dos “*limites da delegação legislativa*”⁴⁰. Trata-se da possibilidade de controle da *descentralização administrativa* pela *centralização governamental*.

Além disso, o Congresso Nacional permanece com o poder de delegar ou não, fixando os parâmetros básicos, pois elabora a lei de criação da agência e poderá controlar as agências, com base no artigo 49, X, da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade do Tribunal de Contas fiscalizar a gerência do dinheiro público por parte das Agências Reguladoras. Como

38. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 137.

39. Luis Roberto Barroso, 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo. Conferir: *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, nov. 2000.

40. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “o poder normativo das agências reguladoras se enquadra como uma variedade de delegação, denominada pela doutrina de

destacado pelo Ministro José Delgado, em relação à independência financeira das agências, “aí vem o grande papel dos Tribunais de Contas, que precisam se preparar para exercer uma fiscalização nessas agências reguladoras, porque essa autonomia financeira e a manipulação administrativa dos seus recursos têm, na minha visão, de ser submetidas a um controle”.⁴¹

Em relação ao *Poder Judiciário*, entendemos que a instituição de Agências Reguladoras em nada alterou a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, consagrada em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Analisando o Direito Comparado, dois são os grandes ramos de sistemas administrativos: *sistema do contencioso administrativo* e *sistema de jurisdição única*.⁴²

O *sistema do contencioso administrativo*, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça comum e o Contencioso Administrativo, sendo que somente essa pode analisar a legalidade dos atos administrativos⁴³. Na França, o organograma do contencioso administrativo inicia-se com a existência do *Conselho de Estado*, órgão máximo dessa jurisdição

deslegalização” (*Mutações do direito administrativo*, cit., p. 182).

41. Palestra proferida no 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo. Conferir: *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, novembro/2000. Importante ressaltar, no mesmo seminário, o posicionamento de Luis Roberto Barroso sobre a possibilidade de controle das agências pelo Tribunal de Contas: “onde a Agência Reguladora empregue verbas públicas, evidentemente, o Tribunal de Contas pode e deve analisar essas contas; mas o Tribunal de Contas não pode, a meu ver, como tem acontecido em algumas unidades da Federação, oficiar para a Agência Reguladora e perguntar: por que a barca que deveria fazer o trajeto tal e qual ainda não está funcionando com capacidade para 1.000 pessoas, como previa o edital? Porque este é um papel da Agência Reguladora, e o Tribunal de Contas não pode fiscalizar a atividade-fim da Agência Reguladora, sob pena de que ela não tenha independência”.

42. Cf. Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1993, v. 1. p. 35 e ss; Jean Rivero, *Direito administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 78 e ss; Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 6. ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 159 e ss; Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 1996, p. 15 e ss; Alfonso Nava Negrete, *Derecho administrativo mexicano*, Cidade do México: Fondo

administrativa, sendo, ainda, formado pelos Tribunais Administrativos, Conselhos do Contencioso Administrativo das Colônias, Tribunal de Contas, Conselho Superior da Educação Nacional e Corte de Disciplina Orçamentária.⁴⁴

Diversamente, o *sistema de jurisdição única*, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto dos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa.

Como salientado por John Clarke Adams, ao analisar os *sistemas de jurisdição única* inglês e norte-americano, historicamente se explica o prestígio dos tribunais e juízes desses países e, conseqüentemente, a sujeição da Administração ao seu poder. Além disso, somente assim estarão sendo respeitados os tradicionais conceitos inglês do *rule of law* (império da lei), e norte-americanos do *judicial supremacy* (supremacia judicial) e o *due process of law* (devido processo legal).⁴⁵

A moderna supremacia do Estado de Direito e das Constituições escritas sobre todas as espécies e atos normativos impõe a necessidade de acesso total e irrestrito ao Poder Judiciário, cujas garantias constitucionais deferidas possibilitam maior independência e imparcialidade perante a Administração Pública, respeitando-se a razão do surgimento do Direito Administrativo, qual seja, a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos

de Cultura Económica, 1995, p. 21 e ss.

43. José Alfredo de Oliveira Baracho nos traz importante conexão entre a finalidade protetiva do Direito Administrativo e a idéia de contencioso administrativo, ressaltando que "a consagração da jurisdição administrativa, para muitos doutrinadores, além de atender à conveniência da especialização dos tribunais, serve para corrigir as distorções da administração pública, com a possibilidade da defesa dos direitos do indivíduo" (*Processo constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 83).

44. Jean Rivero, *Curso de direito administrativo comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 45 ss. Conferir, ainda, importante análise sobre as autoridades administrativas independentes: Jacqueline Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, 6. ed., Paris. Montchrestien, 1999, p. 107 e ss.; Andrés Betancor Rodriguez, *La administraciones independientes*, Madrid: Tecnos, 1994, p. 32 e ss; Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón

fundamentais.⁴⁶

No Brasil, desde a primeira Constituição republicana⁴⁷, adotou-se o *sistema de jurisdição única*, consagrando-se a independência das instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria.⁴⁸

Assim, no *sistema de jurisdição única* do Brasil, somente haverá a vinculação de instâncias quando no âmbito penal reconhecer-se a inexistência material do fato ou constatação da negativa de autoria.⁴⁹

Nesse sentido, decidiu o STF que “a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido da independência das responsabilidades administrativa e penal. A exceção corre à conta de situação concreta em que, no campo penal, hajam ficado patenteadas a inexistência da materialidade ou a negativa da autoria”.⁵⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve a tradição nacional de adoção do sistema de jurisdição única, consagrando, expressamente, no inciso XXXV, do artigo 5º, que *a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Dessa forma, sempre haverá possibilidade de intervenção do Poder Judiciário que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.⁵¹

Assim, havendo plausibilidade da ameaça do direito, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional

Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 426 e ss.

45. John Clarke Adams, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires: Eudeba, 1964, p. 22.

46. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 115; José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria geral da cidadania*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9 e ss. e 35.

47. Conferir na estrutura do Império: Dallari, Dalmo de Abreu, O Conselho de Estado e o contencioso administrativo no Brasil, *Revista de Direito Público*, v. 3, n. 11, p. 33 e ss., jan./mar. 1970.

48. STF – Pleno, MS n. 22.438-0/SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 6.2.1998, p. 8.

49. Edmir Netto de Araújo, Ilícito administrativo: a comunicabilidade das instâncias penal e administrativa, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 139-158, jun. 1998.

requerido pelo ofendido de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição⁵², uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue ou de obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa.⁵³

A atual Constituição Federal, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, inexistindo a exigibilidade de exaurimento das vias administrativas, para obter-se o provimento judicial⁵⁴, uma vez que excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional n. 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.⁵⁵

Dessa forma, a inafastabilidade do controle judicial, consagrada constitucionalmente, aplica-se integralmente às Agências Reguladoras, pois a Administração Pública Direta ou Indireta deve, como todos os administrados, total obediência ao primado da Constituição e à legalidade, pois

50. STF – Pleno, MS n. 22.476-2/AL, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 3.10.1997, p. 49.230.

51. Cf. STF – 1ª T, RE n. 145.023/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, de 18.12.1992, p. 24.388; STF – 2ª T, RE n. 158.655-9/PA, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 2.5.1997, p. 16.567; STF – 2ª T, RE n. 172.084/MG, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 3.3.1995, p. 4.111; STF – 1ª T, HC n. 68.653/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 28.6.1991, p. 8.906; STF – Pleno, Agravo Regimental n. 152.676/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 3.11.1995.

52. *RTJ* 99/790.

53. A Constituição, excepcionalmente, exige o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (CF, art. 217, § 1º), sem, porém, condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir a decisão (CF, art. 217, § 2º). Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta tratar-se de exceção ao inciso XXXV, do artigo 5º, afirmando ser “uma exceção escandalosa, já que não é prevista quanto a outras modalidades de contencioso administrativo que se conhecem no País” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4. p. 89). Pinto Ferreira, por sua vez, critica a previsão do prazo de 60 dias, ensinando que “não andou bem, entretanto, na fixação do prazo. Deveria dizer que a decisão final deve ser proferida obrigatoriamente em prazo que nunca cause prejuízo ao adiamento e à conclusão da competição” (*Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7. p. 186).

*discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade administrativa.*⁵⁶

Como destacado por Caio Tácito, “a liberdade decisória das Agências Reguladoras não as dispensa do respeito ao princípio da legalidade e aos demais fixados para a Administração Pública, no art. 37 da Constituição Federal de 1988”.⁵⁷

Ressalte-se, porém, que não haverá, em regra, a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dos atos normativos editados pelas Agências Reguladoras, pois haveria a necessidade de analisar a sua compatibilidade com os modelos genéricos – *standards* – previsto na lei, para concluir-se pela constitucionalidade ou não da norma secundária. Nesses casos, a jurisprudência da Corte Suprema é clara, ao proclamar que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição.⁵⁸

Não ficará, todavia, afastada a via do controle difuso de constitucionalidade, nem tampouco a possibilidade de eventual arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que a conduta da Agência Reguladora despreze qualquer preceito fundamental.

Por fim, importante salientar que os dirigentes das Agências

54. *RP* 60/224.

55. Cf. Alexandre Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 197 e ss. Como salientam Nelson Nery e Rosa Nery, “não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa como ocorria no sistema revogado” (*Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 137).

56. Nesse sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho ensina que “nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação” (*Processo constitucional*, cit., p. 85).

Reguladoras estarão sujeitos à responsabilidade prevista na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), editada para que se evite o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado.

Os artigos 1º, *caput* e parágrafos único, 2º e 3º da Lei n. 8.429/1992 definem como sujeito do ato de improbidade administrativa o agente público⁵⁹, servidor ou não, que exerça, embora transitoriamente, ou sem remuneração, seja por eleição, nomeação, designação, contratação ou por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta ou indireta, em empresa incorporada ao patrimônio público ou em entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual⁶⁰. Obviamente, nesse conceito enquadram-se os dirigentes e servidores das Agências Reguladoras.

5 CONCLUSÃO

A evolução do entendimento liberal sobre a Separação dos Poderes, o conceito de *Lei* e a necessidade de descentralização administrativa, a partir de meados do século XX, tornaram plenamente aceitável a possibilidade do Poder Legislativo, mediante o devido processo legislativo, instituir Agências Reguladoras especializadas, com finalidades específicas⁶¹

57. Caio Tácito, *Agências reguladoras na administração*, cit., p. 5.

58. Conferir: STF – Pleno, ADIn n. 264 (AgRg)/DF, rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 152/352.

59. Conferir, em relação ao conceito de funcionário público: “Considerando que o disposto no § 1º do art. 327 do CP, que equipara a funcionário público, para os efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, abrange os servidores de sociedade de economia mista e de empresas públicas e que esta equiparação se aplica tanto ao sujeito passivo do crime como ao ativo, a Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de paciente acusado da prática do delito de tráfico de influência (CP, art. 332) – teria recebido determinada importância para exercer influência sobre funcionários de sociedade de economia mista –, em que se alegava a atipicidade do fato” (STF – 1ª T., HC n. 79.823/RJ, Rel. Min.

e com poder normativo limitado.

A inovação trazida com as novas agências reguladoras deve, mais do que “*importar*” os mecanismos procedimentais norte-americanos, “*incorporar*” o espírito da descentralização administrativa dos Estados Unidos da América, no sentido de maior eficiência dos serviços públicos e maior garantia ao direitos dos cidadãos.⁶²

Essa finalidade da descentralização administrativa norte-americana foi observada por Alex de Tocqueville, ao afirmar que “o que mais admiro na América não são os efeitos administrativos da descentralização, mas os efeitos políticos. Nos Estados Unidos, a pátria se faz sentir em toda a parte. É um objeto de solicitude desde a cidadezinha até a União inteira (...). Não raro, o europeu vê no funcionário público apenas a força; o americana nele vê o direito. Podemos, pois, dizer que na América o homem nunca obedece ao homem, mas à justiça ou à lei (...). Como a autoridade administrativa está situada ao lado dos administrados e, de certa forma, os representa, não suscita nem inveja nem ódio. Como seus meios de ação são limitados, cada qual sente que não pode se apoiar unicamente nela”.⁶³

Portanto, a incorporação das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro é possível, como exigência de descentralização admi-

Moreira Alves, j. 28.3.2000, *Informativo STF* n. 183). Conferir, ainda: *RTJ*, 111/267.

60. Em um sentido mais amplo, Marcello Caetano aponta a seguinte definição: “todo aquele que exerça uma actividade implicando prestação pessoal de serviços à Administração Pública, sob a direcção dos respectivos órgãos, será um agente da Administração” (*Princípios fundamentais do direito administrativo*, cit., p. 285). O Supremo Tribunal Federal já apontou o amplo conceito de agente público do artigo 2º da Lei n. 8.429/92: STF – Plenário, MS n. 23.034-9/PA, rel. Min. Octávio Gallotti, *DJU*, de 18.6.1999, p. 3.
61. Observe-se que, nos Estados Unidos, as agências reguladoras são especializadas, como por exemplo a ICC – *Interstate Commerce Commission*, que regula os setores de ferrovias, transporte de carga e abastecimento de água e a FERC – *Federal Energy Regulatory Commission*, que regula as áreas de energia elétrica, gás natural e petróleo.
62. Como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o vocábulo agência é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão

nistrativa, para maior celeridade e eficiência na prestação e fiscalização dos serviços públicos, desde que, porém, respeite aos princípios e preceitos constitucionais e às regras básicas fixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, na lei de sua criação (*centralização governamental*).⁶⁴

6 BIBLIOGRAFIA

ADAMS, John Clarke. *El derecho administrativo norteamericano*. Buenos Aires: Eudeba, 1964.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Ilícito administrativo: a comunicabilidade das instâncias penal e administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 139-158, jun. 1998.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 141, jul./set. 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: UNB, 2000. v. 1.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. 1ª reimpressão.

do Congresso ou dos Tribunais" (*Direito administrativo*, cit., p. 391).

63. Alex de Tocqueville, *A democracia na América*, cit., p. 107.

64. Esse é o entendimento de Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, ao analisarem as denominadas "autoridades administrativas independentes", pois afirmam não haver independência em sentido próprio, nem ruptura propriamente dita com os laços do Governo e do Parlamento, contrária aos princípios constitucionais, mas sim um reforço na autonomia de gestão para melhor e mais eficiente prestação dos serviços proclamados pela Constituição (*Curso de derecho administrativo*, cit., p. 429).

- CARBONELL, Eloisa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Conselho de Estado e o contencioso administrativo no Brasil. *Revista de Direito Público*, v. 3, n. 11, p. 33-44, jan./mar. 1970.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- . *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 35.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. v. 1.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.
- GORDILHO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. v. 2.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de*

política. 5. ed. Brasília: UNB, 2000. v. 1.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e suas características. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 73, out./dez. 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

. *Reforma administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6. ed. Paris. Montchrestien, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEGRETE, Alfonso Nava. *Derecho administrativo mexicano*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUEZ, Andrés Betancor. *La administraciones independientes*. Madrid: Tecnos, 1994.

SAMPAIO, Nelson. *O processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras na administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1, jul./set. 2000.

TOCQUEVILLE, Alex. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jan./mar. 1999.

JURISDIÇÃO DE CONTROLE DO PROCESSO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Derly Barreto e Silva Filho*

Sumário: 1 O controle de constitucionalidade como decorrência da supremacia constitucional; 2 A inconstitucionalidade e seus tipos; 3 A reforma constitucional como instrumento de conservação da Constituição; 4 Importância dos regimentos parlamentares para o processo de formação das emendas constitucionais; 4.1 Noção de regimento parlamentar; 4.2 Valor jurídico dos regimentos parlamentares; 5 Processualidade das emendas constitucionais; 6 Jurisdição de controle do processo de emenda constitucional; 7 Conclusão; 8 Bibliografia.

* Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP e Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO DECORRÊNCIA DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Muito embora o vocábulo Constituição seja polissêmico, pode-se entendê-lo como sendo a *ordem jurídica fundamental da sociedade*¹, es-tuário das decisões políticas conformadoras da comunidade; repositório das normas que estruturam e organizam o Estado, estabelecem a compe-tência de seus órgãos e seus agentes, prescrevem o modo de aquisição e exercício do poder político, definem os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos e fixam as diretrizes, os fins e os limites da ação estatal.

Exatamente por ser a ordem jurídica fundamental da sociedade, a Constituição, posta pelo poder constituinte originário, goza de um *status* hierárquico superior ao dos demais atos jurídicos públicos emanados dos poderes constituídos.²

Nesse prisma, ao projetar-se sobre todo o sistema normativo, determi-nando a sua subsistência, a Constituição traduz-se como a lei básica, a lei maior, a lei das leis, o fundamento de validade dos atos praticados pelos órgãos estatais.

Daí a seguinte implicação, observada por Agustín Gordillo: “As leis devem respeitar a Constituição, e por sua vez os atos administrativos devem respeitar as leis: os ‘atos de governo’ devem respeitar a Constituição: logo, dentro do Estado, a Constituição é a máxima e última expressão de juridicidade.”³

Essa supremacia revela-se como um predicado exclusivamente constitucional, um apanágio das Constituições rígidas⁴, tendo como

1. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 16.

2. Isso, é claro, numa perspectiva *formal*, ou seja, uma vez compreendida a Constituição como documento escrito, posto por um poder constituinte através de um processo solene, distinto do de promulgação das leis, da alçada da autoridade legislativa ordinária constituída.

3. Agustín Gordillo, *Princípios gerais de direito público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 94.

4. “As Constituições rígidas se distinguem pelo processo extraordinário nelas estabelecido para sua alteração. Esse processo confere-lhes estabilidade maior do que aquela de que desfrutam

explicação o imperativo de se resguardar os valores fundantes da sociedade, colocando-os a salvo do alcance e das investidas dos poderes constituídos. “A Constituição é suprema – preleciona Nelson Saldanha – porque nela (isto é, em seu texto normativo) se põem os fundamentos do Estado, com poderes e limites, e os do Direito, com procedimentos e competências”⁵. Por isso, não soa exagerada a assertiva de Pinto Ferreira, assim vazada: “O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político.”⁶

Consequência lógica da supremacia da Constituição é a relação de subordinação entre as normas constitucionais e os atos infraconstitucionais, de modo que estes devem adequar-se às prescrições daquelas. Da inadequação dos atos infraconstitucionais às normas constitucionais, surge o conflito denominado *inconstitucionalidade*, o qual se resolve em favor das últimas, pela sua proeminência dentro do ordenamento jurídico. Em suma: da posição destacada da Constituição, tira-se a máxima, segundo a qual *norma constitucional prevalece; ato ou norma infraconstitucional se conforma*.

A noção de inconstitucionalidade, como se nota, é paralela à de rigidez constitucional. Realmente, se a Constituição ocupa o ápice do sistema normativo, e se essa suprallegalidade decorre de razões políticas e jurídicas sobremodo significativas para a sociedade, não se pode prescindir da necessidade de ela própria organizar um sistema ou processo adequado

as leis e os atos ordinários. Resulta desse aspecto a superioridade das normas constitucionais em relação aos atos infraconstitucionais. Nos países de Constituição flexível, como a Inglaterra, não há, formalmente, suprallegalidade constitucional, porque a lei fundamental não é hierarquicamente superior às leis ordinárias, podendo ser modificada a qualquer tempo pelo legislador comum, detentor de poderes constituintes. Há, ainda, um terceiro tipo de Constituição, chamado de semi-rígida, em que nem todas as normas gozam de superioridade. Exemplo de Constituição semi-rígida é a Carta Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em cujo artigo 178 se dizia: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias.”

5. Nelson Saldanha, *Formação da teoria constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 128.

6. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 90.

para sua defesa, em face das agressões que possa sofrer, quer do parlamento, por meio de atos legislativos, quer dos órgãos e agentes executivos, mediante atos normativos, como regulamentos, instruções, portarias, ou atos administrativos.⁷

O controle de constitucionalidade é, assim, o mecanismo idealizado para a garantia da supremacia constitucional. Com a instituição de processos e órgãos destinados a obstar que as normas constitucionais sejam reformadas por um modo diverso do estabelecido, torna-se possível assegurar a regularidade material e formal da atividade dos poderes do Estado. O controle de constitucionalidade impede que se proceda em desacordo com a Constituição e, na hipótese de serem cometidos atentados ao texto constitucional, determina que esses atos atentatórios sejam expungidos do ordenamento jurídico, não mais merecendo aplicação, porque destituídos de validade.

No Brasil, foi adotado o controle *jurisdicional* de constitucionalidade. Outorgou-se ao Poder Judiciário o mister de verificar a conformidade dos atos jurídicos públicos com a Constituição.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE E SEUS TIPOS

Constitucionalidade e inconstitucionalidade são conceitos que se alojam na problemática da relação intra-sistemática entre normas constitucionais e comportamentos infraconstitucionais.⁸ Designam “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”.⁹

7. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, rev. e atual. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 372.

8. Marcelo Neves, *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 72.

9. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 3. ed., totalmente revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, v. 2, p. 310-311.

Daí dizer-se que um ato jurídico público é inconstitucional quando se *formou* em desacordo com o texto constitucional ou quando o seu *conteúdo* entra em testilha com ele. Na primeira hipótese, tem-se a inconstitucionalidade extrínseca; na segunda, a intrínseca ou material.¹⁰

A inconstitucionalidade extrínseca pode ocorrer por *incompetência* do órgão que emitiu o ato jurídico público (inconstitucionalidade orgânica), por ter sido este ato realizado em *tempo* proibido (inconstitucionalidade temporal), ou por violação das *formas* previstas para a elaboração desse mesmo ato (inconstitucionalidade formal).¹¹

Exemplificando: haveria inconstitucionalidade orgânica se, num sistema parlamentar bicameral, uma lei fosse produzida apenas pelo Senado Federal, sem a participação da Câmara dos Deputados; apresentaria uma inconstitucionalidade temporal emenda constitucional promulgada na vigência de intervenção federal, circunstância impeditiva da manifestação do poder de reforma constitucional; padeceria de inconstitucionalidade formal lei complementar aprovada por maioria simples, e não por maioria absoluta.¹²

Além da inconstitucionalidade extrínseca, mencionou-se a intrínseca ou material, aquela ocorrente na hipótese de o *conteúdo* do ato jurídico público violar princípios ou preceitos constitucionais. Essa infringência patenteia-se tanto pela contradição de comandos, quer dizer, pela “contradição entre o objecto e o sentido do acto e a norma constitucional”¹³, quanto pela desconformidade do fim do ato com o fim constitucionalmente estabelecido, isto é, pelo desvio ou excesso de poder.¹⁴

10. Nelson de Souza Sampaio, *O processo legislativo*, 2. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 179.

11. Idem, *ibidem*.

12. Vide artigos 65, *caput*, 60, parágrafo 1º, e 69, da Constituição Federal brasileira de 1988.

13. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 3. ed., v. 2, p. 344.

14. Muito embora a inconstitucionalidade por desvio ou excesso de poder esteja situada para além dos propósitos deste estudo, cabe consignar que a aferição do vício (de desvio ou de excesso de poder) há de ser feita, sem exceção, com base em critérios eminentemente jurídicos, de extração constitucional. Se, por exemplo, tal vício abrigar-se em uma lei, não será lícito, à luz

A tipologia da inconstitucionalidade não se esgota na diferenciação entre inconstitucionalidade orgânica, temporal, formal e material. Cogita-se, também, de outras espécies.¹⁵ Sem embargo, considerado o corte temático da presente investigação, basta, por ora, firmar, como conceito operacional, que a inconstitucionalidade denota “a desconformidade da lei ou ato governamental com algum preceito da Constituição”.¹⁶

3 A REFORMA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE CONSERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Se na lei fundamental estão depositadas as decisões políticas conformadoras da sociedade, é de rigor, sob pena de quebrantamento das instituições forjadas a partir de tais postulados, a previsão de processos destinados a adequar a ordem jurídica constitucional à realidade.

O constituinte, através de sua obra, não se faz um déspota, ao perpetuar o que foi posto, ao eternizar o imperdurável: as relações humanas. Nenhuma Constituição pode ser considerada perfeita e acabada, permanecer imutável, pretender-se perene, contrapor-se às incessantes transformações sociais. A conservação de um dado regime, ensina a sabedoria política, depende da capacidade de adaptação da Constituição às condições políticas, econômicas, sociais e culturais da época.

“Como conservar intacta alguma disposição, que por essa força irresistível das circunstâncias, se tiver tornado evidente e formalmente contrária aos interesses públicos?”, perguntava José Antônio Pimenta

da Constituição, perquirir judicialmente da sua conveniência e oportunidade, mas, tão-somente, verificar “a congruência entre os fins constitucionalmente estabelecidos e o ato legislativo destinado à prossecução dessa finalidade” (Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 42). Quem valora a conveniência e a oportunidade da lei é o legislador, nunca o julgador.

15. Inconstitucionalidade por ação e por omissão, inconstitucionalidade total e parcial, inconstitucionalidade direta e indireta, inconstitucionalidade originária e superveniente, inconstitucionalidade presente e pretérita, inconstitucionalidade antecedente (ou imediata) e conseqüente (ou derivada).

16. J. H. Meirelles Teixeira, ob. cit., p. 378.

Bueno, ao analisar a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824. E respondia, com propriedade: “Seria sacrificar a sociedade e olvidar que as leis humanas foram feitas para os homens e não os homens para as leis.”¹⁷

Preocupado com a necessidade de preservação da autoridade da Constituição, o poder constituinte brasileiro de 1987-1988 previu dois processos extraordinários, plenos de formalidades, para a alteração da ordem jurídica fundamental, visando, de um lado, a atualizá-la e, de outro, a impedir a sua ruptura. A previsão desses processos formais, enfatize-se, confere à Constituição estabilidade maior do que as leis e os atos ordinários. Desse aspecto resulta a já apontada superioridade das normas constitucionais, em relação aos atos infraconstitucionais.

Emenda e revisão, espécies do gênero reforma constitucional, são as manifestações do órgão político, denominado *poder reformador*, que se situa entre o poder constituinte e o poder legislativo ordinário.¹⁸ A primeira está disposta nos artigos 59, I, e 60; a segunda, no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispositivo cuja eficácia se exauriu com a promulgação das Emendas Constitucionais de Revisão ns. 1 a 6, de 1994.

Interessa, aqui, tão-somente o instituto da emenda constitucional.

Nos incisos I, II e III, e nos parágrafos 2º, 3º e 5º do artigo 60 da Constituição, estão dispostos os limites formais ao poder reformador, isto é, as normas destinadas a regular o processamento da emenda, da iniciativa da proposta até a promulgação. Podem propor emenda constitucional: 1) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; 2) o Presidente da República; e 3) mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (incs. I, II e III).

17. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Brasília: Senado Federal, 1978, p. 477.

18. Nelson de Souza Sampaio, ob. cit., p. 66.

Apresentada, a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 2º). Uma vez aprovada, a emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (§ 3º). Se a matéria constante de proposta de emenda for rejeitada ou havida por prejudicada, não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (§ 5º).¹⁹

Tratando dos limites circunstanciais, o parágrafo 1º do artigo 60 proíbe emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Por fim, o parágrafo 4º, também do artigo 60, versa sobre os limites materiais ao poder reformador, preceituando que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: 1) a forma federativa de Estado; 2) o voto direto, secreto, universal e periódico; 3) a separação dos Poderes; e 4) os direitos e garantias individuais (incs. I, II, III e IV).

A questão que se põe nesta investigação é saber se, durante o *processamento* de emenda à Constituição, e em que momento dele, pode ser ativada a jurisdição constitucional de controle do Supremo Tribunal Federal, com o fito de assegurar a supremacia da regra contida no parágrafo 4º do artigo 60. Não se trata de teorizar sobre as limitações materiais implícitas e explícitas à reforma da Constituição, mas, sim, de perscrutar os aspectos processuais da elaboração das emendas constitucionais, com o objetivo de precisar o significado da expressão “objeto de deliberação”, contida no mencionado parágrafo 4º do artigo 60.

4 IMPORTÂNCIA DOS REGIMENTOS PARLAMENTARES

19. Sessão legislativa ordinária é o período anual, durante o qual o Congresso Nacional e suas Casas estão em funcionamento.

PARA O PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A solução do problema proposto está umbilicalmente ligada ao papel definido pelo ordenamento fundamental aos regimentos das Casas Legislativas. Isso porque a Constituição não disciplinou, com a minudência que a matéria requeria, todas as questões atinentes à apreciação, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, das propostas de emenda constitucional; não cuidou, como devia, de todo o processamento dessas proposições. Logo, torna-se imprescindível a análise dos diplomas que se incumbem de complementar a Constituição, na seara da formação e da expressão da *vontade normativa* do Estado, particularmente quando materializada em emendas constitucionais. Tais diplomas são os regimentos parlamentares.

4.1 Noção de regimento parlamentar

Tanto pela sua natureza, quanto pela sua dimensão, os órgãos colegiais, como os parlamentos²⁰, requerem, para exercer adequadamente as suas funções, corpos de normas jurídicas atinentes à sua organização e ao seu funcionamento específico, ou, segundo preleciona Jorge Miranda, “mecanismos complexos de estruturação, de garantia dos direitos dos seus titulares ou membros e de formação e eficácia jurídica da sua vontade”.²¹

Esses corpos de normas se consubstanciam nos chamados *regimentos* e se desincumbem da ordenação dos assuntos (ditos *internos*) afetos à competência das Casas Legislativas. Por eles, ensina Francisco Campos, “as casas do Parlamento desenvolvem, interpretam e constroem as regras constitucionais relativas ao seu funcionamento, assim como exercem a função, sobre todas soberana, de criar o direito próprio ao campo especial da

20. E também os órgãos colegiais judiciários, isto é, os tribunais.

21. *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. 5, p. 76.

sua atividade, como é o caso, por exemplo, do Direito Penal disciplinar, complexo de relações, de sanções e de restrições que a Câmara, por sua própria autoridade, institui como legislador e aplica como juiz”.²²

Os regimentos são clara expressão da autonomia e independência institucional do órgão legislativo. Por isso, as suas normas são de elaboração e revisão da própria Casa a que se refere, constituindo-se, assim, nesta acepção, em *atos internos* e exclusivos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional.²³

Advirta-se, no entanto, que o fato de a autonomia do órgão legiferante envolver para as suas câmaras o poder de se organizar, de regular o seu funcionamento, de determinar a ordem e o método de seus trabalhos, não implica, de modo algum, o exercício de competência *acima* ou *ao largo* da Constituição. “Os corpos legislativos – leciona Pontes de Miranda – são órgãos do Estado (= das entidades estatais), sujeitos a regras jurídicas de competência e de ordenamento da atividade deliberante. *Por sobre eles* estão as regras jurídicas constitucionais (...).”²⁴

O Congresso e suas Casas situam-se, então, *sob* a égide da Constituição, devendo-lhe observância, acatamento e cumprimento irrestritos.

A rigor, o estatuto fundamental confere ao Legislativo *competência* para disciplinar a sua vida interna, a sua organização e o seu funcionamento. Competência – é providente rememorar a clássica definição de Ruy Cirne Lima – “se denomina, em direito público, a medida do poder que a ordem

22. *Direito constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 2, p. 106.

23. A autonomia do parlamento, no estabelecimento das normas de sua organização e funcionamento, transparece pela leitura dos citados artigos 51, III, e 52, XII, da Constituição Federal, que dispõem serem os *regimentos internos* da competência *privativa* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, independentemente, pois, da sanção presidencial (art. 48, *caput*) para o seu aperfeiçoamento. Da mesma forma, o regimento comum, elaborado com exclusividade pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em sessão conjunta (art. 57, § 3º, II).

24. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 2, p. 590.

jurídica assina a uma pessoa determinada.”²⁵ Logo, o exercício da competência parlamentar prevista nos artigos 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, parágrafo 3º, II, da Carta Política, será legítimo se se comportar na moldura desenhada pelo texto constitucional para a atividade legislativa.

Bastante extenso é o quadro traçado pela Constituição para o autoregramento legislativo. Foram arroladas diversas matérias, cujo tratamento deve ser dado por via de regimento, *com exclusão* de outras espécies normativas, como as leis. Isso autoriza afirmar que a Carta Política estabeleceu verdadeira *reserva constitucional de regimento*.

Dentre os assuntos reservados aos diplomas regimentais, compreendem-se: 1) a organização, o funcionamento, a polícia e os serviços parlamentares das Casas Legislativas (arts. 51, III e IV, e 52, XII e XIII); 2) a definição das condutas dos deputados e senadores consideradas incompatíveis com o decoro parlamentar (art. 55, § 1º); 3) a disciplina dos casos em que as comissões parlamentares, em razão das matérias de sua alçada, podem discutir e votar projetos de lei independentemente da deliberação do plenário do Congresso Nacional e de suas câmaras (art. 58, § 2º, I); 4) a previsão dos poderes das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º); 5) o estabelecimento das atribuições da comissão representativa do Congresso Nacional, que funciona durante o recesso parlamentar (art. 58, § 4º); 6) a regulação da forma pela qual os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados conjuntamente pela Câmara e pelo Senado (art. 166, *caput*); 7) o rito de apreciação, pelo Plenário das duas Casas do Congresso, das emendas apresentadas aos projetos de lei (referidos no item 6) na comissão mista permanente (formada por deputados e senadores), que sobre elas deverá emitir parecer (art. 166, § 2º).

Essas expressas referências constitucionais, vale notar, não exaurem o

25. *Princípios de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 139.

âmbito substancial dos regimentos, pois há outros assuntos, além daqueles previstos nos artigos 51, III e IV, 52, XII e XIII, 55, parágrafo 1º, 58, *caput*, e parágrafos 2º, I, 3º e 4º; e 166, *caput*, e parágrafo 2º, que se encartam nos textos regimentais, por serem imprescindíveis ao exercício pleno das atividades a cargo do Poder Legislativo.

Por exemplo: da leitura das normas que tratam do processo legislativo²⁶, verifica-se que a Carta Política entregou à ordem normativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a disciplina do *iter* formativo das espécies normativas enunciadas pelo artigo 59, I, II, III, IV, VI e VII, dentre as quais as emendas constitucionais.

Para corroborar essa asserção, basta constatar a inexistência de disciplina constitucional a respeito da apreciação das proposições legislativas.²⁷ Questões como tramitação por comissões e pelos plenários das Casas, interstício entre turnos, prazo para oferecimento de emendas, regime de discussão e votação das matérias sujeitas à deliberação parlamentar reformadora, só para citar algumas, quedaram-se sem normatização constitucional específica.

A importância dos regimentos para o processo de reforma constitucional é transcendente, devendo ser ressaltada. Como se patenteia, eles têm por objeto complementar seara fundamental da Constituição, qual seja, a da formação e expressão da vontade normativa estatal. Um bom trabalho parlamentar de reforma depende, pois, em larga medida, da virtude dos textos regimentais.²⁸

4.2 Valor jurídico dos regimentos parlamentares

26. Vide Seção VIII do Capítulo I Título IV da Constituição Federal (arts. 59 a 69).

27. Proposição, segundo o artigo 100, *caput*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é toda matéria sujeita à deliberação. Consiste, de acordo com o parágrafo 1º, do mesmo preceito regimental, em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.

28. Nas palavras de J. Barthélemy, citado por Pinto Ferreira: "Com um mau regulamento, um mau trabalho. Com um bom regulamento, têm-se as chances de um bom trabalho." (*Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 588).

Nesta quadra, impõe-se examinar o *valor* dos regimentos, com o fito de demonstrar a sua *juridicidade*.

Para Pontes de Miranda, os regimentos das Casas Legislativas contêm, em seu âmago, *regras jurídicas*. Comentando a Constituição de 1967, dizia:

“Os regimentos internos são indispensáveis aos corpos legislativos. No sistema jurídico brasileiro, os regimentos internos não são convites, invitações, aos membros do corpo legislativo, para que os respeitem. São resoluções do Poder Legislativo, semelhantes às que ele toma para criar cargos na sua secretaria e fixar ou aumentar vencimentos dos seus funcionários. Não seria possível, no Brasil, pretender-se que o juiz não pode apreciar a elaboração legislativa, quer no que ela se não ateuve ou se ateuve à Constituição de 1967 (...). No sistema jurídico brasileiro, o juiz aprecia as próprias deliberações das assembléias-gerais, dos sindicatos de trabalho e das fundações, atendendo às regras que constem dos estatutos. O Regimento Interno não é conjunto de recomendações, ou conselhos; é lei, em sentido lato, que há de ser obedecida pelo corpo legislativo, sempre que a regra jurídica, de que se trata, é cogente, ou se tem como observada, se *ius dispositivum*.”²⁹

Com razão. Os regimentos das Casas Legislativas concretizam parte da Constituição, estabelecendo regras de observância obrigatória. Se assim é, possuem *juridicidade*. Seus comandos obrigam. Não são peças alegóricas ou ornamentais, nem aparatos vistosos que têm existência para contentar os olhos, sobretudo por sua formosa e ataviada aparência literária. Os textos regimentais *vinculam* o legislador, que não pode modificá-los – senão pelo processo regimentalmente fixado – nem afastá-los ou derogá-los em suas manifestações.³⁰ Daí ser possível infirmar atos parlamentares produzidos *em*

29. *Comentários à Constituição de 1967*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 2, p. 592.

desacordo com os regimentos.

Além dessa característica, é de se acentuar que, pela sua singular posição normativa no direito constitucional brasileiro contemporâneo, os diplomas regimentais não se adstringem a regular a denominada *economia intestina* das Casas Legislativas.

A sociedade, como um todo, é parte interessada na rigorosa observância dos regimentos. E sobejam evidências disso.

A primeira delas está no fato – dantes apontado – de os regimentos encerrarem em seu corpo disposições regulamentadoras do processo legislativo previsto na Constituição. Assim, se as emendas à Constituição, as leis ordinárias, as leis complementares, as leis delegadas, os decretos legislativos e as resoluções têm a sua forma de elaboração regrada segundo as normas constitucionais e, especificamente, segundo as normas regimentais³¹, a sociedade, *sua principal destinatária*, titulariza, por óbvio, e em contrapartida, o direito de ver cumpridos à risca os comandos contidos nos regimentos. Todo ato legislativo – inclusive a emenda à Constituição – deve ser elaborado de *conformidade* com o processo legislativo constitucional e regimentalmente estabelecido.

De outro lado, na medida em que o artigo 61, parágrafo 2º, da Constituição, coloca a sociedade na posição de virtual partícipe do processo de criação legislativa, inaugurando os trabalhos da Câmara dos Deputados, mediante a apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, opera-se um alargamento espacial das normas da referida Casa, que passam a regular, tornando-a viável, a participação popular no processo de elaboração

30. Nesse sentido, em Portugal, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 5, p. 83.

31. No caso dos decretos legislativos e das resoluções, são os regimentos que regulam o seu *iter* formativo.

normativa. Por essa razão, tendo no regimento da Câmara a codificação para o exercício da prerrogativa em análise, a sociedade situa-se, inegavelmente, como parte interessada na fiel observância das suas normas. Afinal, elas é que darão processamento às proposições apresentadas³². Da mesma forma, se for admitida a possibilidade de apresentação *popular* de proposta de emenda constitucional.³³

Também se evidencia o interesse da sociedade na observância dos regimentos, como decorrência da aplicação do disposto no artigo 58, parágrafo 2º, IV, da Constituição. Nele, está dito caber às comissões parlamentares o recebimento de petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas. Destarte, qualquer pessoa, física ou jurídica, tem o direito de ver processada a sua manifestação *conforme* as normas regimentais, sob pena ficar reduzida à retórica tal garantia.

Os regimentos igualmente se dirigem – e, nessa medida, obrigam – a outros órgãos, enquanto estes estejam em relação direta com o Poder Legislativo.³⁴

O Presidente e o Vice-Presidente da República, por exemplo, ao toma-

32. A iniciativa popular das leis encontra-se regrada pelo artigo 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

33. Apoiado nos artigos 1º, parágrafo único, 14, II e III, e 49, XV, da Constituição, José Afonso da Silva admite a iniciativa *popular* em matéria de emenda constitucional. Esclarece o autor: “A Constituição não introduziu inovação de realce no sistema de sua modificação. Até a votação no Plenário, anteprojeto e projeto admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No Plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do parágrafo 2º do artigo 74 do Projeto aprovado na Comissão de Sistematização. Não está, porém, excluída a aplicação desses institutos de participação popular nessa matéria. Está expressamente estabelecido que o poder que emana do povo será exercido por meio de representantes ou *diretamente* (art. 1º, parágrafo único), que a soberania popular será exercida também por referendo e iniciativa populares (art. 14, II e III) e que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo sem especificação (art. 49, XV), o que permite o referendo facultativo constitucional. Vale dizer, pois, que o uso desses institutos, em matéria de emenda constitucional, vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia participativa que a Constituição alberga como um de seus princípios fundamentais.” (*Curso de direito constitucional positivo*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 66).

34. Neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1997, v. 5, p. 82-83.

rem posse, prestam o compromisso determinado pelo artigo 78, *caput*, da Constituição³⁵, perante o Congresso Nacional. Nesse momento, ficam submetidos ao ritual estabelecido pelos artigos 60 a 67 do Regimento Comum (do Congresso Nacional).

O Chefe do Poder Executivo é obrigado a observar as normas regimentais – agora do Senado Federal – quando procede à escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, Governador de Território, presidente e diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República, titulares de outros cargos que a lei determinar e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, III e IV, da Constituição Federal).

A mensagem presidencial ao Senado Federal, contendo a indicação das aludidas autoridades públicas, “deverá ser acompanhada de amplos esclarecimentos sobre o candidato e de seu *curriculum vitae*”, determina o artigo 383, “a”, do Regimento senatorial.³⁶

Observa-se, então, que, sob o primado da Constituição de 1988, os regimentos não são apenas instrumentos de ordenação de *relações internas* das Casas Legislativas com seus componentes, deputados, senadores e servidores públicos. As normas regimentais transpõem a área doméstica da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, para se projetar, também, pela sociedade e por outros órgãos constitucionais.

A expressão *regimento interno* é atécnica, por traduzir a idéia de “auto-

35. O artigo 78, *caput*, da Constituição Federal, dispõe: “O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.”

36. O fundamento dessa obrigatoriedade – cumpre aclarar – está no juízo político, constitucionalmente previsto em regra de competência governamental, do Poder Legislativo sobre a escolha do Presidente da República (art. 52, III e IV). Para que o Senado Federal efetivamente *aprove* ou *desaprove* (e não simplesmente cancele ou deixe de cancelar, como títere) a indicação presidencial, é necessário que tenha uma opinião formada acerca do candidato. Os “amplos esclarecimentos” sobre ele e o seu *curriculum vitae* servem a tal propósito.

regramento para si”. Na verdade, trata-se de *ato interno*, emitido por órgão estatal que, por ser dotado de autonomia institucional, dispõe, por si mesmo, sem interferência de qualquer outro poder, sobre sua organização e funcionamento.³⁷

Portanto, regimento interno não é “lei da casa”; consiste em um conjunto de normas jurídicas cujo cumprimento, por parte da Casa que o elabora, é obrigatório.

5 PROCESSUALIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Alhures se disse que poderia ser demasiado afirmar que a processualidade é uma qualidade inerente à formação dos atos estatais.³⁸

Não, contudo, nos Estados Democráticos de Direito, como o brasileiro, em que os agentes públicos (legisladores, administradores e juízes) não são livres para agir, porque exercem atividade estatal, encontrando-se, pois, coarctados aos fins estabelecidos pela Constituição. Conseqüentemente, como não manifestam o *seu querer pessoal*, nada mais consentâneo que o direito prescreva um *iter* formativo da vontade que exprimem, que há por nome *processo*.³⁹

A processualidade, assim, se resume no modo normal de atuar do Estado

37. Renzo Dickmann observa, com precisão, que essa autonomia é uma particular manifestação da posição, no ordenamento jurídico, de determinados órgãos do Estado, os órgãos constitucionais, entre os quais se insere o Legislativo. Ela serve ao exercício das competências orgânicas e se exprime por meio da auto-suficiência normativa (Autonomia e capacità negoziale degli organi costituzionali. L'esperienza delle assemblee parlamentari, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, p. 399, 1997).

38. Cf. nosso artigo A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados, *Revista de Direito Ambiental*, v. 2, n. 5, p. 81-91, jan./mar. 1997 e *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 44, p. 71-90, dez. 1995.

39. É como ensina Carlos Ari Sundfeld, *in verbis*: “A formação do querer do Estado não pode ser disciplinada de modo idêntico ao dos particulares. Uma vontade submetida a fins (a do Estado) e outra livre (a dos particulares) são instrumentadas diversamente. A livre tem seu canal de expressão: o indivíduo. A vontade funcional é canalizada no processo, do qual o agente é apenas um elemento. Não houvesse processo para a formação da vontade funcional, ela seria idêntica à da vontade livre: centrada no agente.” (*Fundamentos de direito público*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 92)

Democrático de Direito.⁴⁰

Isso implica que o conceito tradicional e restrito de processo – entendido como conjunto de atos cujo objetivo fundamental é a solução de um conflito de interesses juridicamente qualificado – está superado. O termo *processo*, denotando o complexo, a série ou o encadeamento de atos que se desenvolvem progressivamente, com vistas à produção de um determinado ato estatal⁴¹, não é monopólio da função jurisdicional. Aplica-se a todas as funções estatais, a todos os setores do *ordenamento jurídico público*. Portanto, como afirma Alberto Xavier, “a cada uma das funções do Estado corresponde um tipo de processo através do qual ela se desenvolve.”⁴²

Fala-se, então, não só de *processo* judicial, mas, também, de *processo* administrativo – como sucessão ordenada de atos e formalidades tendentes à formação da vontade funcional da Administração, manifestada por meio de atos administrativos – e de *processo* legislativo, como “conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos”.⁴³

Com efeito, da mesma forma que não se cogita de sentença sem propositura da ação, citação do réu, apresentação de contestação, produção de provas, oferecimento de alegações finais, *não se concebe emenda constitucional senão quando tenha sido apresentada, discutida e votada uma proposta*.

No âmbito do Poder Legislativo, a processualidade sobreleva em

40. Carlos Ari Sunfeld, A importância do procedimento administrativo, *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 67, out./dez. 1987.

41. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*: parte general, Buenos Aires: Macchi-Lopez, 1991, v. 2, p. XVII-1.

42. *Do procedimento administrativo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 26.

43. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 496. Cf. Seção VIII do Capítulo I do Título IV da Constituição de 1988.

importância, porque é ela que empresta *legitimidade democrática* à vontade normativa do Estado, emanada, necessariamente, de um corpo de representantes dos mais diversos segmentos da sociedade⁴⁴. Um ato legislativo forjado sem discussão, sem participação da minoria, sem deliberação da maioria, sem publicidade, é um ato ilegítimo, autoritário, ofensor dos princípios da democracia, da igualdade e do devido processo legal.⁴⁵

Sendo ponto pacífico que, no Estado Democrático de Direito, a vontade do legislador não é pessoal, tem-se, como um dos principais mecanismos garantidores do caráter *representativo* de seus atos, o processo legislativo, plexo de normas que regula a *formação* e *expressão* da sua vontade.

Esse corpo normativo está estabelecido tanto na Constituição (arts. 59 a

44. Referindo-se à diferença entre lei (ato do Legislativo) e regulamento (ato do Executivo) sob o ponto de vista da representatividade do pensamento das diversas facções sociais, Celso Antônio Bandeira de Mello observa: [o Parlamento] “se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica termina por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum temperamento entre as variadas tendências. Até para a articulação da maioria requerida para a aprovação de uma lei, são necessárias transigências e composições, de modo que a matéria legislada resulta como o produto de uma interação, ao invés de mera imposição rígida das conveniências de uma única linha de pensamento.” (A democracia e suas dificuldades contemporâneas, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 107, 1996).

45. Celso Antônio Bandeira de Mello bem anota que a circunstância de a elaboração das leis submeter-se a um processo confere a elas acentuado “grau de controlabilidade, confiabilidade e imparcialidade”. São suas palavras: “É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o *conhecimento público* das disposições que estejam em caminho de serem implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou de quaisquer setores interessados, o que, sem dúvida, dificulta ou embarga eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público em geral, ensejando a irrupção de tempestivas alterações e emendas para obstar, corrigir ou minimizar tanto decisões precipitadas, quanto propósitos de favorecimento ou, reversamente, tratamento discriminatório, gravoso ou apenas desatento ao justo interesse de grupos ou segmentos sociais, econômicos ou políticos. Demais disto, proporciona, ante o necessário trâmite pelas Comissões e o reexame pela Casa Legislativa revisora, aperfeiçoar tecnicamente a normatização projetada, embargando, em grau maior, a possibilidade de erros ou inconveniências provindos de açodamento. Finalmente, propicia um quadro normativo mais estável, a bem da segurança e certeza jurídicas, benéfico ao planejamento razoável da atividade econômica das pessoas e empresas e até dos projetos individuais de cada qual.” (A democracia e suas dificuldades contemporâneas, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 107-108, 1996).

69), quanto nos regimentos, estes em *complementação necessária* daquela.

Além de ser requisito democrático, a processualidade legislativa constitui pressuposto de validade formal dos atos normativos. Tanto assim que a inconstitucionalidade extrínseca ocorre por violação das *formas* previstas para a elaboração das espécies normativas (inconstitucionalidade formal). Nessa perspectiva, José Celso de Mello Filho se pronuncia: “A observância das normas constitucionais e do regimento interno das casas legislativas condiciona a própria validade formal dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo. (...) Os regimentos internos constituem a lei maior que disciplina a vida político-administrativa das câmaras legislativas, ressalvada, evidentemente, a superioridade jurídico-formal das regras inscritas nos textos constitucionais. (...) Eis porque o processo de elaboração normativa deve cingir-se e adaptar-se, rigorosa e fielmente, às exigências regimentais, sendo lícito afirmar-se que o *desrespeito* às normas consubstanciadas no regimento interno pode gerar e acarretar a invalidade formal dos atos normativos.”⁴⁶

Aprovados os regimentos das Casas Legislativas, indaga-se: têm aqueles que se encontram colhidos pelas suas prescrições direito à sua observância e cumprimento?

A resposta foi tracejada ao se demonstrar a *juridicidade* dos textos regimentais no ordenamento jurídico brasileiro. Oportuno, agora, agregar algumas considerações sobre o *devido processo legislativo*.

Os regimentos parlamentares concretizam a Constituição, estabelecendo regras de observância obrigatória. Sendo assim, possuem *juridicidade*. Seus comandos *obrigam*. *Vinculam* o legislador.

Bastante expressivo, nesse ponto, é o artigo 412 do Regimento Interno

46. Aspectos da elaboração legislativa, *Justitia*, São Paulo, n. 108, p. 58, jan./mar. 1980.

do Senado Federal. Ele preceitua que a legitimidade na elaboração normativa é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, e arrola treze “princípios gerais do processo legislativo”, quais sejam: I - a participação plena e igualitária dos senadores em todas as atividades legislativas, respeitados os limites regimentais; II - modificação da norma regimental apenas por norma legislativa competente, cumpridos rigorosamente os procedimentos regimentais; III - impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão do plenário, ainda que unânime, tomados ou não mediante voto; IV - nulidade de qualquer decisão que contrarie norma regimental; V - prevalência de norma especial sobre a geral; VI - decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais de Direito; VII - preservação dos direitos das minorias; VIII - definição normativa, a ser observada pela Mesa, em questão de ordem decidida pela presidência; IX - decisão colegiada, ressalvadas as competências específicas estabelecidas no Regimento; X - impossibilidade de tomada de decisões sem a observância do *quorum* regimental estabelecido; XI - pauta de decisões feita com antecedência tal que possibilite a todos os senadores seu devido conhecimento; XII - publicidade das decisões tomadas, exceção feita aos casos específicos regimentalmente previstos; XIII - possibilidade de ampla negociação política, somente por meio de procedimentos regimentais previstos.

A transgressão de qualquer desses princípios, prescreve o artigo 413 do mesmo diploma, poderá dar ensejo a denúncia, mediante formulação de questão de ordem.⁴⁷ Levantada esta, caberá ao presidente do Senado Federal apurá-la imediatamente, verificando os fatos pertinentes, podendo consultar os registros da Casa, notas taquigráficas, fitas magnéticas ou outros meios cabíveis.

Vê-se, da crua leitura desses ilustrativos regimentos, que o próprio legislador (no caso, o Senado Federal) reconhece a necessidade imposter-

47. Segundo o *caput* do artigo 403 do Regimento Interno do Senado Federal, constituirá questão de ordem, suscetível em qualquer fase da sessão, pelo prazo de cinco minutos, qualquer dúvida sobre interpretação ou aplicação regimental.

gável de se observar e de se cumprir fielmente as normas regimentais. Ele mesmo reputa como *nula* decisão sua que as transgrida (art. 412, IV).

E não poderia ser diferente, mesmo na hipótese de inexistência de norma jurídica interna que expressamente prescreva a nulidade de ato praticado em desconformidade com o regimento. Porque é insuperável a regra, segundo a qual a Constituição não deu às Casas Legislativas qualquer liberdade de decisão sobre o cumprimento ou não dos seus estatutos.

Uma vez definido o caminho a prosseguir para a constituição e enunciação da vontade parlamentar, *inclusive a reformadora*, devem os legisladores – sejam membros de Mesa, presidentes de comissão, líderes da maioria, da minoria, de bancada, de partido, do governo – pautar o seu comportamento segundo os ditames constantes dos regimentos. Daí se falar, correlatamente, do direito ao *devido processo legislativo*, para traduzir a esfera jurídica parlamentar protegida por regras de atuação certas quanto à sua existência e seguras quanto à sua observância e aplicação.

Destarte, se houver violação das normas regimentais relativas à tramitação de proposta de emenda constitucional, será cabível, com fulcro no artigo 102, I, “d”, da Constituição Federal⁴⁸, a impetração de mandado de segurança, para, sendo a hipótese, assegurar o direito líquido e certo ao *devido processo legislativo* e, ao mesmo tempo, preservar a higidez do processamento democrático de proposição normativa modificadora da ordem jurídica fundamental.

6 JURISDIÇÃO DE CONTROLE DO PROCESSO

48. O artigo 102, I, “d”, prescreve que é da competência do Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Destinando-se a salvaguardar o direito líquido e certo ao devido processo legislativo e a manter a incolumidade do processamento democrático de proposição normativa, a jurisdição constitucional de controle do Supremo Tribunal Federal poderá ser ativada a qualquer momento?

O artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição, prescreve: “Não será *objeto de deliberação* proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (grifou-se).

Ao dizer isso, é certo que a Carta Política não veda a mera *apresentação* de proposta de emenda tendente a abolir as chamadas *cláusulas pétreas*. Mas ela estaria a obstar o *ato*, da alçada dos presidentes das Casas Legislativas, de encaminhamento da indigitada proposta às competentes comissões parlamentares, para elaboração de pareceres? Ou o óbice seria endereçado aos deputados e senadores que, em sessões ordinárias previamente marcadas, não poderiam sequer *discutir* a matéria? Talvez o obstáculo refira-se à *votação*, mas em qual dos dois turnos ela seria defesa?

Essas e outras dúvidas podem ser suscitadas em torno da literalidade do citado artigo 60, parágrafo 4º. Entretanto, sejam quais forem as questões, as respostas jamais serão indiferentes para o ordenamento político. A “saída constitucional” possível terá de compatibilizar a necessidade de preservação da autoridade da Constituição com a garantia de independência do poder reformador.

O controle jurisdicional dos atos parlamentares praticados ao longo do processo de reforma há de ser exercitado dentro de certos lindes constitucionais. Urge identificá-los, examinando-se dois casos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, um sob a vigência da Constituição de 1967, outro sob a égide da atual.

Insurgindo-se contra ato da Mesa do Congresso Nacional, que admitiu a regular tramitação de propostas de emenda constitucional alcunhadas de “prorrogacionistas”⁴⁹, os então senadores Itamar Augusto Cautiero Franco e

Antonio Mendes Canale impetraram mandado de segurança, autuado sob o n. 20.257-DF.⁵⁰

Para os impetrantes, o ato coator violava o artigo 47, parágrafo 1º, da Constituição de 1967, que proibia deliberação sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir, no caso, a República.

Por maioria, o Tribunal Pleno admitiu a impetração da ação *no curso do processo de elaboração de emenda constitucional*, visando a assegurar a supremacia do mencionado dispositivo.

O Ministro Moreira Alves (relator para o acórdão) asseverou:

“Não admito Mandado de Segurança para impedir a tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.

Diversas, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação

49. Tais propostas visavam a estender os mandatos de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores.

50. No regime constitucional anterior, a proposta de emenda era discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional (art. 48). A Constituição vigente prevê que Câmara dos Deputados e Senado Federal atuem separadamente (art. 60, § 2º). Por isso, o mandado de segurança em comento, julgado em 8.10.1980, foi impetrado contra a Mesa do Congresso Nacional.

(...). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga.”⁵¹

Esse veredicto, embora proferido em 8 de outubro de 1980, ajusta-se inteiramente ao regime constitucional vigente.

Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, governado por uma Constituição rígida, é inadmissível o exercício do poder político sobranceiro aos seus comandos. Todos os órgãos estatais estão colhidos pelas suas prescrições, e assim se encontram porque são, por natureza, *poderes limitados*. Não há que se falar, pois, de soberania do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, mas de supremacia da Constituição.

O *poder reformador*, exercitado por ambas as Casas do Congresso Nacional, não é exceção à regra. Também se encontra *abaixo* da Constituição, devendo-lhe, como poder subordinado e condicionado que é, total obediência. Logo, se a ordem jurídica fundamental *impõe* a ele que paute sua atuação conforme determinadas normas, estabelece regramento especí-

51. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 99, p. 1.040, mar. 1982.

fico para *formação* da vontade reformadora, regramento este que há de ser respeitado, sob pena de vulneração e desfalecimento da força normativa constitucional.

No caso, havendo expressa proibição de deliberar sobre dada proposta, cabe ao Supremo Tribunal Federal intervir no *iter* formativo da emenda constitucional, para assegurar a supremacia da regra.

Mas em que momento será possível a fiscalização judicial?

No Mandado de Segurança n. 20.257-DF, o Tribunal não se posicionou especificamente a respeito, não obstante o Ministro Moreira Alves ter dito que, “se a direção dos trabalhos do Congresso cabe ao presidente do Senado; se este, pelo próprio Regimento Comum do Congresso Nacional (art. 73), pode, liminarmente, rejeitar a proposta de emenda que não atenda ao disposto no artigo 47, parágrafo 1º, da Constituição (e quem tem poder de rejeição liminar o tem, igualmente, no curso do processo); e se a Constituição alude a objeto de deliberação (o que implica dizer que seu termo é o momento imediatamente anterior à votação); não há dúvida, a meu ver, de que, a qualquer tempo, antes da votação, pode a Presidência do Congresso, convencendo-se de que a proposta de emenda tende a abolir a Federação ou a República, rejeitá-la, ainda que não o tenha feito inicialmente”⁵². Por isso, viável o mandado de segurança, “uma vez que visava ele a impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a proposta de emenda”.⁵³

Mesmo diante dessas ponderações, dúvidas remanescem. Qual o momento “imediatamente anterior à votação”? Votação em primeiro ou em segundo turno? Quando a Presidência da Casa Legislativa “coloca em votação a proposta de emenda”?

As respostas dependem da ordenação regimental da matéria, haja vista a

52. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 99, p. 1.039-1.040, mar. 1982,

53. *Idem*, p. 1.040.

inexistência de normatização específica (tanto na Constituição anterior como na atual) a respeito da apreciação das propostas de emenda constitucional.

Atualmente, no Senado Federal, *câmara de representação dos Estados-membros*⁵⁴, disciplinam o processamento das propostas de emenda à Constituição os artigos 354 a 373.⁵⁵

As especificidades da tramitação dessas proposições são as seguintes:

Supondo que tanto o presidente quanto a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da mencionada Casa Legislativa entendam que a proposta de emenda não contraria a Carta Política⁵⁶, ela será lida na hora do expediente, publicada no *Diário do Congresso Nacional* e em avulsos, para distribuição aos senadores (art. 355). Depois, será despachada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que terá prazo de até trinta dias, contado da data do despacho da Presidência, para emitir parecer (art. 356, *caput*). O parecer que concluir pela apresentação de emenda deverá conter assinaturas de senadores que, complementando as dos membros da comissão, compreendam, no mínimo, um terço dos membros do Senado (art.

54. Artigo 46, *caput*, da Constituição Federal.

55. Esses dispositivos regimentais, entretanto, não esgotam a matéria, haja vista o artigo 372 prescrever: "Aplicam-se à tramitação da proposta, no que couber, as normas estabelecidas neste Regimento para as demais proposições". Na Câmara dos Deputados, o processamento das propostas de emenda constitucional encontra-se regrado pelos artigos 201 a 203 do seu Regimento Interno. O artigo 202, parágrafo 8º, à semelhança do disposto no artigo 372 do regimento senatorial, dispõe que se aplicam às proposições modificadoras da Constituição, "no que não colidir com o estatuído neste artigo, as disposições regimentais relativas ao trâmite dos projetos de lei".

56. O fato de as comissões parlamentares, denominadas Comissões de Constituição e Justiça, responderem pela admissibilidade das proposições legislativas não significa que se está diante de um controle *preventivo* de constitucionalidade em sentido técnico-jurídico, mas meramente político. Afinal, o Parlamento é um órgão de natureza política. "Somente muito precariamente – observa Anderson Cavalcante Lobato – o controle preventivo político consegue impedir a entrada em vigor de uma norma inconstitucional. Não raro o Poder Executivo e o Poder Legislativo fecham os olhos às questões de ordem jurídica para fazer prevalecer a vontade política." (Para uma nova concepção do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo, *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 124, p. 176, out./dez. 1994)

356, parágrafo único). Cinco dias após a publicação do parecer e sua distribuição em avulsos, a matéria poderá ser incluída na ordem do dia (art. 357). Decorrido o prazo de que trata o artigo 356, sem que a CCJ haja proferido parecer, a proposta de emenda será incluída em ordem do dia, para discussão, em primeiro turno, durante cinco sessões ordinárias consecutivas (art. 358, *caput*). O parecer será proferido oralmente, em plenário, por relator designado pelo presidente (art. 358, § 1º). Durante a discussão, poderão ser oferecidas emendas assinadas, por, no mínimo, um terço dos membros do Senado, desde que guardem relação direta e imediata com a matéria tratada na proposta (art. 358, § 2º). Para exame e parecer das emendas, é assegurado à CCJ o mesmo prazo estabelecido pelo artigo 356 (art. 359). Lido o parecer na hora do expediente, publicado no *Diário do Congresso Nacional* e distribuído em avulsos com a proposta e as emendas, a matéria poderá ser incluída na ordem do dia (art. 360). Esgotado o prazo, proceder-se-á na forma do disposto no *caput* do artigo 358 e seu parágrafo 1º (art. 361, *caput*). Na sessão ordinária que se seguir à emissão do parecer, a proposta será incluída em ordem do dia, para votação em primeiro turno (art. 361, § 1º). Somente serão admitidos requerimentos que objetivem a votação em separado de partes da proposta ou de emendas (art. 361, § 2º). A deliberação sobre a proposta, as emendas e as disposições destacadas para votação em separado será feita pelo processo nominal (art. 361, § 3º). O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco sessões ordinárias (art. 362). Incluída a proposta em ordem do dia, para o segundo turno, será aberto o prazo de três sessões ordinárias para discussão, quando poderão ser oferecidas emendas que não envolvam o mérito (art. 363). Encerrada a discussão, em segundo turno, com apresentação de emendas, a matéria voltará à comissão, para parecer em cinco dias improrrogáveis, após o que será incluída em ordem do dia, em fase de votação (art. 364). Aprovada sem emendas, a proposta será remetida à Câmara dos Deputados. Emendada, será encaminhada à CCJ, que terá o prazo de três dias, para oferecer a redação final (art. 365). A redação final, apresentada à Mesa, será votada, com qualquer número, independentemente de publicação (art. 366).

Verifica-se, dessa minudente sistemática regimental, que, antes da emissão do parecer, seja da CCJ, seja de relator designado pelo presidente do Senado

Federal, há mera *ideação legislativa*, externada com a apresentação da proposta, e não, propriamente, *objeto de deliberação*. Tanto assim que, na fase de discussão, emendas (isto é, proposições acessórias de outras) podem ser apresentadas, visando à modificação daquilo que foi inicialmente alvitrado.

Essa observação é de suma importância para a tarefa de identificação do momento em que a jurisdição de controle do Supremo Tribunal Federal pode ser acionada.

Somente depois de emitido e conhecido o parecer sobre as emendas ofertadas à proposta inaugural é que se torna possível impugnar *judicialmente* ato parlamentar tendente a abolir as *cláusulas pétreas*. A partir desse átimo, opera-se a *res interna corporis*⁵⁷, ou seja, *preclusão* dentro do processo de emenda constitucional. Isso se confirma pelo fato de que, incluída a proposta na ordem do dia, para o segundo turno, *não poderão ser oferecidas emendas que envolvam o mérito* (art. 363 do Regimento Interno do Senado Federal).

Enquanto a proposta de emenda estiver sendo discutida em primeiro turno, é defeso ao Poder Judiciário imiscuir-se no processo parlamentar. Simplesmente porque inexistente *objeto de deliberação*.

Em tema de reforma constitucional, a Constituição não estabeleceu qualquer vedação ao debate parlamentar. Somente proibiu a tomada de *deliberação* sobre determinada matéria⁵⁸. E assim o fez, a fim de assegurar o livre fluxo de *idéias*, requisito necessário ao prudente e refletido trabalho de reforma constitucional, manifestação culminante das Casas Legislativas.

57. Sobre a *res interna corporis*, Pontes de Miranda discorre: "Os corpos legislativos estão adstritos a *regras jurídicas*, constitucionais, legais e regimentais, de *competência*, de *quórum*, de *mínimo de votos* e de *prazos preclusivos* para a alegabilidade das irregularidades e a atendibilidade de suas correções. Assim como há *res iudicata*, há também a *res interna corporis*, com todas as suas conseqüências." (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 3, p. 130)

58. Deliberar é decidir, resolver algo *depois de exame e discussão* (Aurélio Buarque de Holanda

Admita-se uma proposta de emenda que, a pretexto de aperfeiçoar o artigo 62 da Constituição, dispusesse: “O Presidente da República poderá reeditar medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de trinta dias, contado da sua publicação.”

Proposta desse jaez, pelos seus próprios termos, seria manifestamente inconstitucional, por atentatória do princípio da separação dos poderes (art. 2º).

Não obstante o Presidente da República ter o poder-dever de, nos termos do *caput* do artigo 62 da Lei Maior, adotar, em caso de urgência e relevância, medidas provisórias, com força de lei, lhe é constitucionalmente defeso lançar mão desses provimentos – mesmo sob a justificativa de estar no exercício regular de uma função presidencial atípica – para tratar de assuntos ordinários, da rotina do Congresso Nacional, e que, por isso mesmo, não apresentam a nota de excepcionalidade, própria de um contexto anômalo, adverso, incomum, que suscitaria uma normatização de emergência, sob risco de perecer o interesse público. A razão de tal proibição aloja-se no arquétipo constitucional da separação dos poderes (art. 2º): a Constituição confia a função legiferante ordinária ao Legislativo; não admite, de forma alguma, a existência de um órgão monolítico, absoluto, como seria o Presidente da República, se nele se concentrassem todos os poderes legislativos.

Dessome-se, então, que proposta de emenda constitucional que contivesse a possibilidade de reedição *ilimitada* de medidas provisórias, isto é, o trespasse da atividade legislativa ordinária ao Chefe do Poder Executivo, derruiria o postulado da separação dos poderes.

Ferreira, *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 11. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, p. 368). “*Una deliberación*” – define Maurice Hauriou – “*es una resolución colectiva sobre un asunto de gobierno o de administración, resolución que se adopta a pluralidad de votos y después de discusión pública, por una Asamblea formando Cuerpo y constituida en autoridad pública.*” (*Principios de derecho público y constitucional*, 2. ed.,

Acionado logo após a apresentação da proposta (antes, portanto, da inauguração da fase de discussão), o Poder Judiciário inexoravelmente teria de reconhecer que a proposição fere o artigo 60, parágrafo 4º, III, da Constituição. Mas o faria ao arrepio da competência reformadora de que está investido o Poder Legislativo. Afinal, os parlamentares têm a faculdade de apresentar emendas à proposição original, objetivando, por exemplo, expungir eventuais falhas nela contidas.

O exercício da prerrogativa parlamentar de emenda não pode ser suprimido com a transferência da arena política em torno de certo bosquejo de alteração constitucional do Parlamento para o Judiciário.

No caso vertente, os membros do Senado Federal poderiam sugerir que a medida provisória pudesse ser reeditada uma única vez, desde que lastreada em motivos novos, extraordinários, de urgência e relevância, aos quais o Presidente da República teria de se referir expressamente na motivação, parte integrante do ato legislativo atípico. Tal emenda, uma vez admitida na fase própria, poderia lograr êxito quando da votação da matéria.

Em suma, inaugura-se a jurisdição do Supremo Tribunal Federal a partir do momento em que, esgotada a oportunidade para oferecimento de emendas que envolvam o mérito da proposição original, é proferido parecer pela CCJ. Havendo inconstitucionalidades materiais na proposta habilitada a ser *incluída na ordem do dia* para votação em primeiro turno, será legítima a intervenção judicial, a fim de abortar deliberação parlamentar sobre assuntos constitucionalmente vedados, quais sejam, aqueles previstos no artigo 60, parágrafo 4º, I a IV, da Constituição.

O outro caso submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal originou-se do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466.

O autor da ação, Partido Socialista Brasileiro (PSB), impugnava a proposta de emenda constitucional n. 1-B, de 1988, em tramitação pela

Câmara dos Deputados, sob a alegação de ela, ao ampliar os casos de cominação da pena de morte, ser incompatível com o disposto no artigo 60, parágrafo 4º, IV, da Carta Política.

O Plenário do Tribunal, por maioria, não conheceu da ação⁵⁹, em razão de não existir, no sistema constitucional do País, controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade, incidente sobre projetos de lei e propostas de emenda à Constituição, isto é, atos normativos em formação.

Colhe-se, do voto do Ministro Celso de Mello (relator), o seguinte excerto:

“Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não-concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe (...) a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.”⁶⁰

A referência a esse julgado é oportuna porque, nele, o Supremo Tribunal Federal, amparado em precedente específico (MS n. 20.257-DF), deixou claro que, também à luz da Constituição vigente, é juridicamente possível, *em sede de controle incidental*, a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda constitucional que veiculem matéria excluída do âmbito do poder reformador.⁶¹

7 CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se:

Madrid: Reus, s. d., p. 470).

59. Restou vencido em parte o Ministro Marco Aurélio que, vislumbrando a impossibilidade jurídica do pedido, julgou o autor carecedor da ação.

60. *Revista de Direito Administrativo*, v. 183, p. 164, jan./mar. 1991.

61. *Idem*, p. 165.

1) Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, governado por uma Constituição rígida, é inadmissível o exercício do poder político sobranceiro aos seus comandos. Todos os órgãos estatais estão colhidos pelas suas prescrições, e assim se encontram porque são, por natureza, *poderes limitados*. Não há que se falar, pois, de soberania do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, mas de supremacia da Constituição. O *po-der reformador*, exercitado por ambas as Casas do Congresso Nacional, não é exceção à regra. Também se encontra *abaixo* da Constituição;

2) Se a ordem jurídica fundamental *impõe* ao poder reformador que pautar sua atuação conforme determinadas normas, estabelece regramento específico para *formação* da sua vontade, regramento este que há de ser respeitado, sob pena de perpetração de inconstitucionalidade;

3) A elaboração das emendas constitucionais submete-se a um processo extraordinário, previsto não só no artigo 60 da Constituição, mas também nos regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que contêm normas complementares dos preceitos relativos ao Poder Legislativo e estabelecem regras de observância obrigatória a respeito da formação de todas as espécies normativas;

4) Dentro do quadro orgânico-funcional do Estado, ao Poder Judiciário, e só a ele, compete, de forma definitiva e irrecorrível, garantir a supremacia constitucional e defender os direitos fundamentais. Se é da incumbência de qualquer órgão jurisdicional a apreciação de lesão ou ameaça a direito, e do Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (arts. 5º, XXXV, e 102, *caput*, da Carta Política), havendo expressa proibição de o poder reformador deliberar sobre dada proposta, é lícita a intervenção jurisdicional no *iter* formativo da emenda constitucional, para assegurar a supremacia do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição;

5) O controle jurisdicional dos atos parlamentares praticados ao longo do processo de reforma constitucional tem de compatibilizar a necessidade de preservação da autoridade da Constituição com a garantia de independência do poder reformador;

6) A vedação de deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir as limitações materiais ao poder reformador não se estende à discussão parlamentar, haja vista a possibilidade de, nessa fase, operar-se a modificação da proposição original por meio de emenda, visando a eliminar o vício de inconstitucionalidade. A intervenção do Poder Judiciário no *iter* formativo das emendas constitucionais tem cabimento após a última fase de discussão, regulada especificamente pelos regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

7) Admitir a hipótese do exercício da competência jurisdicional controladora antes da fase de debate parlamentar implica transferir, ao arrepio da ordem constitucional estabelecida, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, a luta política em torno de mera ideia legislativa, insuscetível de pôr em risco os limites materiais ao poder reformador. Se a Constituição quisesse obstar a discussão sobre proposta de emenda constitucional, por originariamente inconstitucional, não teria proibido o poder reformador de deliberar sobre ela;

8) O controle jurisdicional dos atos parlamentares é confirmado pela previsão constitucional do cabimento, perante o Supremo Tribunal Federal, de mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 102, I, “d”).

8 BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 100-111, 1966.

. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: _____ Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1 e 2.

CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DICKMANN, Renzo. Autonomia e capacità negoziale degli organi costituzionali. L'esperienza delle assemblee parlamentari. *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, p. 399-430, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3 e 4.

———. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORDILLO, Agustin A. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco — Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. Buenos Aires: Macchi-Lopez, 1991. v. 2.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. 2. ed. Madrid: Reus, s.d.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selec., tradução e introdução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios

Constitucionales, 1992.

HONORATI, Maria Luisa Mazzoni. *Lezioni di diritto parlamentare*. Torino: G. Giappichelli, 1991.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 124, p. 169-177, out./dez. 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO FILHO, José Celso de. Aspectos da elaboração legislativa. *Justitia*, São Paulo, n. 108, p. 58-62, jan./mar. 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2 e 3.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. v. 2.

. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 5.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo:

- Saraiva, 1988.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Derecho constitucional general*. 3. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.
- . *O processo legislativo*. 2. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. — Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marquês de. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Prefácio do Ministro Seabra Fagundes. Brasília: Senado Federal, 1978.
- SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados. *Revista de Direito Ambiental*, v. 2, n. 5, p. 81-91, jan./mar. 1997 e *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 44, p. 71-90, dez. 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- . A importância do procedimento administrativo, *Revista de Direito*

_____*Público*, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA: UMA NOVA CONCEPÇÃO INTRODUZIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*

Valerio de Oliveira Mazzuoli **

“A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.”

Hannah Arendt

Sumário: 1 Introdução; 2 A consagração dos direitos do homem e do cidadão; 3 O legado da Declaração Universal de 1948 ao processo de Internacionalização dos direitos humanos; 3.1 A Carta das Nações Unidas de 1945; 3.2 A nova concepção de direitos humanos introduzida pela Declaração Universal de 1948; 3.3 Características dos direitos humanos contemporâneos; 4 A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos; 5 O cidadão e a cidadania na Constituição Brasileira de 1988; 6 A dignidade da pessoa humana e a nova concepção de cidadania introduzida pela Constituição Federal de 1988; 7 Conclusões; 8 Bibliografia.

* Estudo em homenagem ao Professor Doutor José Afonso da Silva.

** Advogado no Estado de São Paulo. Primeiro colocado no “Concurso Nacional de Monografias” sobre os 50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizado pela PUC-Minas, UFMG e OAB-MG.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente ensaio é tecer algumas reflexões sobre o relacionamento dos direitos humanos com a concepção contemporânea de cidadania. Isto é, objetiva-se fazer um conjugado entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e a nova concepção de cidadania introduzida pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, num primeiro momento, buscou-se delinear, ainda que brevemente, o processo de internacionalização dos direitos humanos, cujo marco inicial foi a Declaração Universal de 1948, bem como a forma através da qual a Constituição brasileira de 1988 relaciona-se com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

Por fim, depois de feito esse estudo prévio, verificou-se de que maneira a Carta brasileira de 1988, rompendo com a ordem anterior, passou a comungar os direitos humanos internacionalmente consagrados com a concepção contemporânea de cidadania.

2 A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval, na busca da participação na sociedade. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *ancien régime*, em virtude de ser incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de “cidadão”.

O conceito de cidadania, entretanto, tem sido freqüentemente apresentado de uma forma vaga e imprecisa. Uns identificam-na com a perda

ou aquisição da nacionalidade; outros, com os direitos políticos de votar e ser votado. No Direito Constitucional, aparece o conceito, comumente relacionado à *nacionalidade* e aos *direitos políticos*. Já na Teoria Geral do Estado, aparece ligado ao elemento *povo* como integrante do conceito de Estado. Dessa forma, fácil perceber que no discurso jurídico dominante, a cidadania não apresenta um estatuto próprio pois na medida em que se relaciona a esses três elementos (nacionalidade, direitos políticos e povo), apresenta-se como algo ainda indefinido.

A famosa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, sob a influência do discurso burguês, cindiu os direitos do “Homem” e do “Cidadão”, passando a expressão *Direitos do Homem* a significar o conjunto dos direitos individuais, levando-se em conta a sua visão extremamente individualista, cuja finalidade da sociedade era a de servir aos indivíduos, ao passo que a expressão *Direitos do Cidadão* significaria o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa.¹

Isso se percebe, facilmente, pela leitura do seu *Article VI*, nestes termos:

*“La loi est l’expression de la volonté générale; tous les **citoyens** ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation; elle doit être le même pour tous, soit qu’elle protège soit qu’elle punisse. Tous les **citoyens** étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents.”*

Mais à frente, a Declaração, no seu *Artigo XIV*, também privilegia os *citoyens*, nestes termos:

1. Cf. José Afonso da Silva, Faculdades de direito e construção da cidadania, in *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*, p. 138-139.

“Les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d’en suivre l’emploi et d’en déterminer la quantité, l’assiette, le recouvrement et la durée.”

Na lição lapidar do Professor José Afonso da Silva: “A idéia de representação, que está na base no conceito de democracia representativa, é que produz a primeira manifestação da *cidadania* que qualifica os participantes da vida do Estado – o *cidadão*, indivíduo dotado do direito de votar e ser votado –, oposta à idéia de vassalagem tanto quanto a de soberania aparece em oposição à de suserania. Mas, ainda assim, nos primeiros tempos do Estado Liberal, o discurso jurídico reduzia a cidadania ao conjunto daqueles que adquiriam os direitos políticos. Então, o cidadão era somente aquela pessoa que integrasse o corpo eleitoral. Era uma cidadania “censitária”, porque era atributo apenas de quem possuísse certos bens ou rendas”.²

A idéia de *cidadão* surge, então, como querendo significar aquele indivíduo a que se atribuem os direitos políticos. Na Carta de 1824, por exemplo, falava-se, nos artigos 6º e 7º, em *cidadãos brasileiros*, como querendo significar o nacional, ao passo que, nos artigos 90 e 91, o termo *cidadão* aparece designando aquele que pode votar e ser votado. Estes últimos eram chamados de *cidadãos ativos*, posto que gozavam de direitos políticos. Aqueles, por sua vez, pertenciam à classe dos *cidadãos inativos*, destituídos dos direitos de eleger e ser eleito. Faziam parte, nas palavras de José Afonso da Silva, de uma “cidadania amorfa”, posto que abstratos e alheios a toda uma realidade sociológica, sem referência política.³

2. Ibidem, p. 139.

3. Idem, Ibidem.

Assim, *Homem e Cidadão* recebiam significados diversos. É dizer, o *Cidadão* teria um *plus* em relação àquele, consistente na titularidade de direitos na ordem política.⁴

Essa idéia, entretanto, vai sendo gradativamente modificada, quando do início do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Passa-se a considerar como *Cidadãos*, a partir daí, *todos* aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma carga de direitos e deveres dos mais variados.

A Constituição brasileira de 1988 consagra, desde o seu Título I (intitulado *Dos Princípios Fundamentais*), essa nova concepção de cidadania, iniciada com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Desse modo, ao contrário do que ocorria no constitucionalismo do Império, hoje, em face da Constituição vigente, aquela doutrina da *cidadania ativa e passiva* não tem mais nenhuma procedência.

Para bem se compreender o significado dessa nova concepção de cidadania introduzida pela Carta de 1988, entretanto, é importante tecermos alguns comentários sobre a gênese do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o pós-Segunda Guerra, que culminou na Declaração Universal de 1948, revigorada pela Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, no ano de 1993.

4. Pedro Nunes assim define o *cidadão*: "Pessoa que goza dos direitos civis e políticos de um Estado, devendo, entretanto, obrigações atinentes aos mesmos. *Cidadão* brasileiro – nacional que usufrui esses direitos; o estrangeiro, quando naturalizado. Tal qualidade pode também verificar-se pelo *jus soli*, quando a pessoa nascida num Estado toma nacionalidade deste, ou em virtude do *jus sanguinis*, se se origina por vínculo de sangue e neste caso o filho segue a nacionalidade dos pais. O qualificativo *cidadão* é empregado nos países de regime republicano. Corresponde a *súdito*, termo usado nos Estados monárquicos. No passado, apenas os ricos e nobres eram considerados cidadãos em alguns Estados, e, noutros, excluíam também as mulheres. Diz-se também do habitante de uma cidade. Cidadino." (*Dicionário de tecnologia jurídica*, 12. ed., 3. tir. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 173).

3 O LEGADO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 AO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Decorrido mais de meio século da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, adentramo-nos hoje, ao que parece, na era internacional dos direitos ou dos direitos internacionalmente consagrados. Testemunha-se, hoje, uma crescente evolução na identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional, no que respeita à proteção dos direitos humanos, notadamente um dos temas centrais do Direito Internacional contemporâneo.

A normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, conquistada através de incessantes lutas históricas, e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com esse propósito, foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos.

Os direitos humanos passaram, então, com o amadurecimento evolutivo desse processo, a transcender, pois, os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos.

Essa nova concepção, assim, pretendeu afastar, de vez, o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta, que considerava como sendo os Estados os únicos sujeitos de direito internacional público, para proteger e amparar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Os indivíduos, a partir de então, foram erigidos à posição – de há muito merecida – de *sujeitos de direito internacional*, dotados de mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda dos seus direitos internacionalmente protegidos.

É, entretanto, somente a partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, efetivamente, se consolida. Nascidos dos horrores da era Hitler, e da resposta às atrocidades cometidas a milhões de pessoas durante o nazismo, esses acordos

internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explica Louis Henkin, “institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”.⁵

Nesse contexto marcado por inúmeras violações de direitos, cujo saldo maior foram 11 milhões de mortos durante o período nazista, foi necessário reconstruir toda uma normatividade internacional, a fim de resguardar e proteger esses direitos, até então inexistente. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz, em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção. O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da comunidade internacional.

Como bem explica a Professora Flávia Piovesan, diante da ruptura “do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito”, passou a emergir “a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral”.⁶

O “direito a ter direitos”, segundo a terminologia de Hannah Arendt, passou, então, a ser o referencial primeiro de todo esse processo internacionalizante. Como resposta às barbáries cometidas no Holocausto, começa, então, a aflorar todo um processo de internacionalização dos

5. Louis Henkin et al, *International law: cases and materials*, p. 375-376.

6. Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 4. ed., p. 129.

direitos humanos, criando uma sistemática internacional de proteção, mediante a qual se torna possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando, internamente, os órgãos competentes não apresentarem respostas satisfatórias na proteção desses mesmos direitos.

A doutrina da soberania estatal absoluta, assim, com o fim da Segunda Guerra, passa a sofrer um abalo dramático, com a crescente preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos. Nas palavras de Mariângela Ariosi: “Ainda que existam alguns teóricos adeptos da teoria da soberania ilimitada do Estado, não se pode falar que realmente exista uma grande contradição teórica acerca do tema. Existe, sim, um consenso dominante de que os Estados, apesar de contracenarem com atores secundários, como as organizações internacionais, e com os coadjuvantes, como as empresas transacionais, ainda são os protagonistas das relações internacionais. Mas, malgrado serem os Estados soberanos, estes devem observar a ordem internacional que é, em última instância, o resultado da vontade coletiva de toda a sociedade internacional. O Direito Internacional se coloca, portanto, acima dos ordenamentos externos estatais sem que, contudo, fira a soberania nacional dos Estados”.⁷

Um passo concreto foi dado, quando, no início do ano de 1945, em Chapultepec, no México, os vinte e um países da América se reuniram, firmando a tese de que um dos principais objetivos das Nações Unidas seria a elaboração de uma Carta dos Direitos do Homem, razão pela qual a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, ficara impregnada da idéia do respeito aos *direitos fundamentais do homem*, desde o seu segundo *considerando*, onde se afirmou “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos de homens e mulheres e das Nações grandes e pequenas”.⁸

7. Mariângela Ariosi, *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas...*, p. 103.

8. José Afonso da Silva, Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988, in *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*, p. 190-191.

Assim, a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de conseqüência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Trata-se de uma época considerada como verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos⁹. Antes disso, a proteção aos direitos do homem estava mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. As questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria uma determinada guerra, mas logo mencionava-se o problema da ingerência interna em um Estado soberano e a discussão morria gradativamente. Assim é que temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e direitos de expressão política não eram abordados, a fim de não se ferir o até então incontestável e absoluto princípio de soberania.¹⁰

9. Como destaca Carlos Weis: "A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano" (*Direitos humanos contemporâneos*, p. 21). Na lição de Celso Lafer: "A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consagrada pela Assembléia Geral da ONU – que faz eco às Declarações que estão na base da Revolução Americana e da Francesa – assinala o início desta *vis directiva* no campo dos valores no plano internacional. Resultou da percepção política que as atrocidades do totalitarismo representavam uma ruptura inédita da tradicional preocupação ética do bom governo. Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal (apontado por Kant no terceiro artigo definitivo do seu *Projeto de Paz Perpétua* e negado em larga escala na prática pela existência de refugiados, apátridas, deslocados, campos de concentração e pelo genocídio) só começaria a viabilizar-se se o 'direito a ter direitos', para falar como Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a 'razão de Estado' e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz" (Prefácio ao livro de José Augusto Lindgren Alves, *Os direitos humanos como tema global*, p. XXVI).

10. Cf. Ana Flávia Barros-Platiau; Ancelmo César Lins de Góis, *Direito internacional e globalização*, p. 35.

Surge, então, no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema *global* de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter *geral* (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), como de caráter *específico* (v.g., as Convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.). Revolucionou-se, a partir desse momento, o tratamento da questão relativa ao tema dos direitos humanos. Colocou-se o ser humano, de maneira inédita, num dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de *sujeito de direito internacional*. Paradoxalmente, o Direito Internacional feito pelos Estados e para os Estados começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado, único responsável reconhecido juridicamente, querendo significar esse novo elemento uma mudança qualitativa para a comunidade internacional, uma vez que o *direito das gentes* não mais se cingiria aos interesses nacionais particulares. Nesse cenário, o cidadão, antes vinculado à sua nação, passa a tornar-se, lenta e gradativamente, verdadeiro “cidadão do mundo”.¹¹

Mas a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção *global*, de que são exemplos, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e cujo código básico é a chamada *international bill of human rights*, abrange também os instrumentos de proteção *regional*, aqueles pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano (v.g., no sistema americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos). Da mesma forma que ocorre com o sistema de proteção global, aqui também se encontram instrumentos de alcance *geral* e instrumentos de alcance *especial*. Gerais são aqueles que alcançam todas as pessoas, a exemplo dos tratados acima citados; especiais, ao contrário, são os que visam apenas determinados sujeitos de direito, ou determinada categoria de pessoas, a exemplo das convenções de proteção às crianças, aos idosos, aos grupos étnicos minoritários, às mulheres, aos

11. Idem, *ibidem*.

refugiados, aos portadores de deficiência etc.

Na lapidar lição de Flávia Piovesan: “Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos”.¹² O Professor José Afonso da Silva, a esse respeito, leciona: “Em face dessa diversificação, cabe, desde logo, uma observação geral, qual seja: a de que tanto os tratados regionais como os destinados a proteger especialmente determinadas categorias de pessoas ou situações especiais são *complementares* aos tratados *gerais* de proteção dos direitos humanos. Não existem normas re-gionais de direitos humanos, mas apenas acordos regionais para verificar a aplicação de normas internacionais – observa Cristina M. Cerna.”¹³

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios, autonomia e especificidade. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos para-digmas até então existentes.

Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público “são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito”, as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por

12. Flávia Piovesan. *Temas de direitos humanos*, p. 31-32.

13. José Afonso da Silva, *Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988*, p. 196.

objetivo “estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado”.¹⁴ É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, surgido com princípios próprios, passa, então, a efetivamente solidificar-se como um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção que impõe obrigações e responsabilidades para os Estados, no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Sua observância, assim, deixou de se subscrever ao interesse estritamente doméstico dos Estados, para passar a ser matéria de interesse do Direito Internacional e objeto de sua regulamentação.

Rompendo com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, e libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a afirmar-se como um novo ramo do direito, dotado de autonomia, princípios e especificidade próprios, cuja finalidade é a de assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, concomitantemente.

3.1 A Carta das Nações Unidas de 1945

Foi a partir de 1945, então, quando da adoção da Carta das Nações Unidas, no pós-Segunda Guerra, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a verdadeiramente se desenvolver e a se efetivar. Antes dessa data, também existiam normas que podiam ser consideradas, em parte, como de proteção dos direitos humanos. O que faltava, entretanto, antes de 1945, era uma normatização específica que protegesse os indivíduos como seres humanos.¹⁵

Como destaca Thomas Buergenthal, em matéria de direitos humanos, a principal diferença entre as disposições da Carta da ONU, e os acordos internacionais ou mesmo o direito consuetudinário preexistente, encontra-

14. Carlos Weis, op. cit., p. 21.

15. Thomas Buergenthal et al, *Manual de derecho internacional público*, p. 96.

se em seu campo de ação, visto que o “direito dos direitos humanos” anterior à Carta tinha como meta proteger certas categorias de seres humanos ou garantir certos tipos de direitos, e a Carta, contrariamente, não traz nenhuma limitação desse tipo, posto referir-se tão-somente aos “direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção por motivo de raça, sexo, idioma ou religião”.¹⁶

Desde esse momento, com a criação das Nações Unidas e suas agências especializadas, o processo de internacionalização dos direitos humanos passa a intensificar-se e a desenvolver-se, demarcando “o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos”.¹⁷

O respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos, com a consolidação da Carta das Nações Unidas de 1945, passa, assim, a ser preocupação internacional e propósito das Nações Unidas (art. 1º, n. 3). Nesse cenário, é que os problemas internos dos Estados e suas relações com seus cidadãos passam a fazer parte de um contexto global de proteção, baseado na cooperação internacional e no desenvolvimento das relações entre as nações.

Nesse compasso, é que afirma o artigo 55 da Carta das Nações Unidas: “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo

16. *Ibidem*, p. 97.

17. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 137.

e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. O artigo 56, por sua vez, dispõe: “Para a realização dos propósitos enumerados no artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente”.

Sem embargo da clareza da Carta em determinar a importância de se defender os “direitos humanos e as liberdades fundamentais”, como bem lembra Flávia Piovesan, ela, entretanto, não definiu o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto, daí advindo o desafio em se desvendar o alcance e significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, não definida pela Carta, o que só ocorreu três anos após, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que veio definir com precisão o elenco dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” a que se referiam os artigos 1º (3), 13, 55, 56 e 62 da Carta. É, continua a jurista, “como se a Declaração, ao fixar um código comum e universal dos direitos humanos, viesse a concretizar a obrigação legal relativa à promoção desses direitos – obrigação esta constante da Carta das Nações Unidas”.¹⁸

Entretanto, sem embargo da Carta das Nações Unidas não ter conceituado o que vem a ser “direitos humanos e liberdades fundamentais”, contribuiu ela, com os seus preceitos, pioneiramente, para a “universalização” dos direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse internacional, não mais estando adstrito somente à jurisdição doméstica dos Estados.

3.2 A Nova Concepção de Direitos Humanos Introduzida pela Declaração Universal de 1948

18. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 140.

A definição do que sejam “direitos humanos”, como explica Flávia Piovesan, aponta para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, opta-se pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, fundada num duplo pilar, baseado na *universalidade e indivisibilidade* desses direitos. Diz-se universal “porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”; e indivisível “porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade”.¹⁹

Assim foi que a Declaração Universal de 1948, composta de trinta artigos, precedidos de um “preâmbulo” com sete *considerandos*, conjugou num só todo tanto os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de *direitos e garantias individuais* (arts. 1º ao 21), quanto os direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 ao 28). O artigo 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível, e no artigo 30 consagra um princípio de interpretação da Declaração sempre a favor dos direitos e liberdades nela proclamados. Assim o fazendo, combinou a Declaração, de forma inédita, o *discurso liberal* com o *discurso social*, ou seja, o valor da liberdade com o valor da igualdade.

Na lapidar lição de José Afonso da Silva: “Delineada na Carta das Nações Unidas, assim, a preocupação com os direitos fundamentais do Homem, cumpria dar-lhe consequência sistemática, mediante a redação de uma *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Com esse propósito, criou-se, na ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem, cuja presidência coube à Sra. Eleonora Roosevelt, viúva do Presidente Franklin D. Roosevelt. Durante a elaboração do texto, com base especialmente em projeto de autoria do professor René Cassin, várias questões teóricas se configuraram,

19. Flávia Piovesan, A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, p. 92.

como, por exemplo, se deveria ser uma Declaração ou uma Convenção, o que tinha importância para a sua maior ou menor efetividade, pois a primeira forma não dotava o instrumento, segundo alguns, de força obrigatória. Foi, no entanto, a que prevaleceu. Questão mais importante, contudo, foi a de saber como chegar, numa mesma declaração, a defender os direitos individuais tradicionais e, ao mesmo tempo, destacar a importância dos novos direitos sociais. Sobre isso, Philippe de la Chapelle ressalta a colaboração de Bogmolov, representante soviético, que deu eficaz ajuda na redação dos artigos concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais da Declaração, que fora aprovada na noite de 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembleia-Geral da ONU, realizada em Paris”.²⁰

Nas palavras de Flávia Piovesan: “Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta a idéia da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em

20. José Afonso da Silva, Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988, p. 191.

suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si”.²¹

Após um quarto de século da realização da primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Teerã, em 1968, a segunda Conferência (Viena, 1993) consagrou os direitos humanos como tema global, reafirmando sua universalidade, indivisibilidade e interdependência. Foi o que dispôs o parágrafo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, nestes termos:

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

Compreendeu-se, finalmente, que a diversidade cultural (relativismo) não pode ser invocada para justificar violações aos direitos humanos.

Sobre os debates que marcaram a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos (1993), no que toca à diversidade cultural, assim destaca Alberto do Amaral Júnior: “Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentaram a universalidade dos direitos humanos, que deveria sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, sublinharam o relativismo dos direitos humanos, que seriam a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas dos direitos humanos. Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país, com base no relativismo, poderia deixar de

21. Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, p. 27-29.

reconhecer e garantir os direitos humanos. A China e outros países em desenvolvimento destacaram que a definição dos direitos humanos precisa levar em conta as particularidades nacionais e os respectivos meios históricos, religiosos e culturais”.²²

A tese universalista defendida pelas nações ocidentais saiu, ao final, vencedora, afastando-se de vez a idéia de relativismo cultural, em se tratando de proteção internacional dos direitos humanos. Enriqueceu-se, pois, o universalismo desses direitos, afirmando-se cada vez mais o dever dos Estados em promover e proteger os direitos humanos violados, independentemente dos respectivos sistemas, não mais se podendo questionar a observância dos direitos humanos com base no relativismo cultural ou mesmo com base no dogma da soberania²³. E, no que toca à indivisibilidade, ficou superada a dicotomia até então existente entre “categorias de direitos” (civis e políticos de um lado; econômicos, sociais e culturais, de outro), historicamente incorreta e juridicamente infundada, porque não há hierarquia quanto a esses direitos, estando todos equitativamente balanceados, em pé de igualdade²⁴. É dizer, a classificação tradicional das “gerações de direitos” não corresponde, historicamente, ao desenvolvimento do processo de efetivação e solidificação dos direitos humanos. Objetava-se que se as gerações de direitos induzem à idéia de *sucessão* – através da qual uma categoria de direitos sucede à outra que se finda –, a realidade histórica aponta, em sentido contrário, para a *concomitância* do surgimento de vários textos jurídicos concernentes a direitos humanos de uma ou outra natureza. No plano interno, por exemplo, a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior ao dos direitos civis e políticos, ao passo que, no plano internacional, o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da

22. Alberto do Amaral Júnior, Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas, p. 38.

23. Cf. Ana Flávia Barros-Platiau; Ancelmo César Lins de Góis, Direito internacional e globalização, p. 37.

24. *Ibidem*, p. 39.

internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo.²⁵

O processo de desenvolvimento dos direitos humanos, assim, opera-se em constante *cumulação*, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos, fundada na sua *universalidade, indivisibilidade e interdependência*.

Afasta-se, pois, a visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos, para se buscar uma “concepção contemporânea” desses mesmos direitos, a qual foi introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Como destaca Carlos Weis, insistir na idéia geracional de direitos, “além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais já antes citados”.²⁶

Dessa forma, a dicotomia até então existente – leciona José Afonso da Silva – entre direitos civis (mais conhecidos como direitos individuais) e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais vai sendo suplantada pelo reconhecimento doutrinário da *universalidade, indivisibilidade e interdependência* dos direitos humanos.²⁷ E isto porque pensava-se que os direitos civis e políticos eram de aplicação *imediate*, bastando a abstenção do Estado para sua efetivação, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais eram de aplicação *progressiva*, requerendo uma atuação positiva do Estado para que pudessem ser eficazes.²⁸

Problema muito discutido dizia respeito à *eficácia* das normas da Declaração Universal de 1948, uma vez que ela, por si só, não dispõe de aparato

25. Cf. Carlos Weis, op. cit., p. 40-41.

26. Idem, ibidem, p. 43-44.

próprio que a faça valer. À vista disso é que, sob o patrocínio da ONU, se tem procurado firmar vários pactos e convenções internacionais a fim de assegurar a proteção aos direitos fundamentais do homem nela consagrados, dentro dos quais destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembléia-Geral da ONU, em Nova York, em 16 de dezembro de 1966. Surgiram, pois, com a finalidade de conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948, tendo o primeiro pacto regulamentado os artigos 1º ao 21 da Declaração, e o segundo os artigos 22 a 28.²⁹

3.3 Características dos Direitos Humanos Contemporâneos

Em suma, os direitos humanos, no atual contexto de proteção, cujo marco inicial foi a Declaração Universal de 1948, passam a ter por marca indelével a *universalidade*, *indivisibilidade* e *interdependência*, o que demarca, definitivamente, a sua concepção contemporânea.

Firmam-se, nesse cenário, algumas características básicas com relação à sua titularidade, à sua natureza e aos seus princípios. Assim, temos que:

1) São titulares dos direitos humanos *todas* as pessoas. Vale dizer, basta ter a condição de humano para se poder invocar a proteção desses direitos. Independem, por conseguinte, de circunstâncias de sexo, raça, credo religioso, afinidade política, *status* social, econômico ou cultural. Todos as pessoas do planeta, pela simples condição de terem nascido com vida, têm igual titularidade sobre esses direitos.³⁰ A titularidade dos direitos humanos vem, assim, despida

27. José Afonso da Silva, Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988, cit., p. 196.

28. Ibidem, p. 196-197.

29. Cf. José Afonso da Silva, Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988, cit., p. 193-194. Na lição do ilustrado professor: "Antes de todos esses documentos internacionais e multinacionais citados, o primeiro, em nível multinacional, declarando os direitos do Homem foi a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, cujo texto agasalha a maioria dos direitos individuais e sociais inscritos na Declaração Universal de 1948. Ela foi aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, de 30 de março a 2 de maio de 1948, antecedendo, assim, à da ONU cerca de oito meses. Na mesma Conferência foi aprovada também a *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais*, consubstanciando os direitos sociais do homem americano" (ibidem, p. 194).

de qualquer condição desfavorável às pessoas protegidas.

2) Os direitos humanos são, por natureza, *fundamentais*, tendo por conteúdo os valores supremos do ser humano e prevalência da dignidade humana (conteúdo material), revelando-se essencial também pela sua especial posição normativa (conteúdo formal), o que permite a revelação de outros direitos fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição.

3) Modernamente, com o desenvolvimento institucional do Direito Internacional Público, a melhor maneira de se justificar a proteção dos direitos humanos consubstancia-se nos vários instrumentos internacionais concluídos, nas últimas décadas, especialmente para tal fim, sem embargo da lição de Carlos Santiago Nino, para quem os direitos humanos são direitos de *natureza moral*, cuja fundamentação independeria de qualquer tratado internacional protetivo³¹. Estamos, entretanto, que a justificativa dos direitos humanos deve encontrar seu sustento no universo jurídico, e não no da filosofia e da metafísica. A existência de uma base normativa internacional, iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948³², e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (v. g., o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos assinados no âmbito Organização Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969), passa, assim, a evidenciar o traço distintivo dos “direitos humanos contemporâneos”.³³

Bem clara a esse respeito é a lição do ilustrado Professor Goffredo Telles Junior, nestes termos: “Não se diga (como tantas vezes já se tem dito) que os *Direitos Humanos* são ‘direitos por natureza’, ‘direitos naturais’, ‘direitos inatos’, ‘direitos imanentes e inerentes no homem’. Não se diga que os *Direitos*

30. Cf. Genaro R. Carrió, *Los derechos humanos y su protección*: distintos tipos de problemas, p. 13.

31. Cf. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, p. 14 e ss.

32. Resolução 217-A (III) da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Humanos são anteriores e superiores ao Direito objetivo dos Estados, e existem no homem por natureza, sem dependência com as leis do legislador humano. Tais afirmações resultam de um velho e arraigado equívoco, e não têm mais nenhum sentido. Esta matéria requer especialíssima atenção. Sendo Direitos Subjetivos, os *Direitos Humanos* são, forçosamente, permissões concedidas *por meio de normas jurídicas*. Bem sabemos que todo Direito Subjetivo é permissão assim concedida. Ora, as normas jurídicas não são *dados da natureza*, mas *construções da inteligência humana*, obras culturais (...). Somente *depois* de formulados pelo legislador e firmados *em leis positivas*, é que tais anelos são promovidos a *direitos*, a *Direitos Subjetivos* autênticos, a *Direitos Humanos* legalmente consagrados. Só então, passam a ser, verdadeiramente, predicados concedidos a todas as pessoas, *por meio de normas jurídicas*” [todos os grifos do original].³⁴

4) Os direitos humanos derivam de três princípios basilares, bem como de suas combinações e influências recíprocas, quais sejam: *a) o da inviolabilidade da pessoa*, cujo significado traduz a idéia de que não se pode impor sacrifícios a um indivíduo em razão de que tais sacrifícios resultarão em benefícios à outras pessoas; *b) o da autonomia da pessoa*, pelo qual toda pessoa é livre para a realização de qualquer conduta, desde que seus atos não prejudiquem terceiros; e, *c) o da dignidade da pessoa*, verdadeiro núcleo de todos os demais direitos fundamentais do cidadão, através do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos, e não em relação a outras propriedades suas não alcançáveis por eles.³⁵

5) Diferentemente do que ocorre com os direitos subjetivos em geral, os direitos humanos têm, como característica primordial, a *irrenunciabilidade*. Portanto, a autorização do seu titular não tem o condão de justificar ou convalidar a sua violação.³⁶

6) Os direitos humanos são, ademais, *inalienáveis*, na medida em que

33. Cf. Carlos Weis, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 18.

34. Goffredo Telles Junior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 343 e 345; cf., nesse mesmo sentido, o seu *O direito quântico*, 6. ed. rev., p. 412 e ss.

não permitem a sua desinvestidura por parte de seu titular, embora, é certo, possam não ser exercidos na prática. Ainda por força da inalienabilidade, tem-se que exercício dos direitos humanos é *imprescritível*, não se perdendo ou divagando no tempo.

7) São os direitos humanos, por fim, *inexauríveis*, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescentados novos direitos, a qualquer tempo, exatamente na forma apreendida pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sem embargo de todo o processo de internacionalização dos direitos humanos, ainda não se tem chegado a um grau mínimo de respeitabilidade dessas normas. Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito e de atrocidades, é preciso que se busque, seja no direito nacional, seja no internacional, saídas eficazes para solução do problema diário da violação dos direitos internacionalmente garantidos por inúmeros tratados internacionais.

Atualmente, não mais se cogita em monismo ou dualismo, o que já está, em matéria de proteção dos direitos humanos, por demais superado. Na lição de Antônio Augusto Cançado Trindade: “O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da

35. Cf. Genaro R. Carrió, *Los derechos humanos y su protección...*, p. 14-15.

36. *Ibidem*, p. 20.

‘competência nacional exclusiva’; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser ‘transformadas’ em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas”.³⁷

O que se pretende é dar às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais o seu devido valor, ainda pouco reconhecido. Não se pode mais admitir a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional. Ao contrário: deseja-se ver aqueles compromissos internacionais, senão acima, iguais em grau hierárquico às normas constantes da Lei Fundamental do Estado.

Jamais se olvidou de que “(...) o passo inicial para a vindicação dos direitos consiste em bem conhecê-los”.³⁸ Nesse diapasão, dispõe o artigo 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica, que:

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes (...).”

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aliás, tem dis-

37. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*, p. 16.

positivo expresse a respeito, no seu artigo 27, que assim dispõe:

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

A Declaração de Princípios Americanos, assinada em Lima, aos 24 de dezembro de 1938, da mesma forma, proclama, no item 4º, que “as relações entre os Estados devem obedecer às normas do Direito internacional”. A Declaração do México, firmada em 6 de março de 1945, dispõe, no item 1º, que “o Direito internacional é a norma de conduta para todos os Estados”. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 30 de dezembro de 1948, estabelece, no seu artigo 5º, “a”, que “o Direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas”; no artigo 7º, ademais, prescreve que “todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados, de acordo com o Direito internacional”, ao passo que, nos artigos 9º e 10, repete os dizeres dos artigos 3º e 6º da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevideú, em 26 de dezembro de 1933, que traz disposição no sentido de que “o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional” (art. 3º), o que significa reconhecer o *primado do direito internacional* como limitador do exercício das competências do Estado.³⁹

Como destaca Gerson de Britto Mello Boson, o primado do *direito das gentes* constitui-se num dos maiores postulados da teoria geral do direito internacional, que existe “ainda quando falte nas Constituições o seu reconhecimento expresse, porque, na verdade, os Estados, juridicamente, só dispõem da liberdade para fixar a modalidade da aplicação *interna* do Direito internacional. O Estado, no exercício de suas competências, pode praticar atos contrários ao Direito das gentes, mas incorre em responsabilidade, ajuizável perante tribunais internacionais, ainda quando o ato ilícito impugnado tenha sido praticado de acordo com a lei interna, pois o próprio exercício das funções legislativas pode ser constitutivo de um ato internacionalmente antijurídico. Tem,

38. Ibidem, p. 15.

portanto, toda procedência a declaração, repetida, de vários tribunais internacionais, de que as leis internas são, em face do Direito das gentes, meros fatos suscetíveis de serem valorados com respeito à sua conformidade ou discrepância com o Direito internacional. A validade superestatal deste é independente da vontade dos Estados, já submetidos à sua obrigação”.⁴⁰

Com isso, assentou-se, enfim, a posição de que a *primazia* dos tratados internacionais sobre o direito interno constitui-se em um verdadeiro *princípio* de Direito Internacional.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rompendo com a ordem jurídica anterior, marcada pelo autoritarismo advindo do regime militar, que perdurou no Brasil de 1964 a 1985, a Constituição brasileira de 1988, no propósito de instaurar a democracia no país e de institucionalizar os direitos humanos, faz como que uma revolução na ordem jurídica nacional, passando a ser o marco fundamental da abertura do Estado brasileiro ao regime democrático e à normatividade internacional de proteção dos direitos humanos.

Como marco fundamental do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, a Carta de 1988, logo em seu primeiro artigo, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental (art. 1º, III), instituindo, com esse princípio, um novo valor que confere suporte axiológico a todo sistema jurídico e que deve ser sempre levado em conta quando se trata de interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento jurídico pátrio.

A nova Constituição, além disso, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, deu um grande passo rumo à abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direi-

39. Cf. Gerson de Britto Mello Boson, *Curso de direito internacional público*, p. 174-175.

40. *Ibidem*, p. 177.

tos, quando, no parágrafo 2º do seu artigo 5º, deixou estatuído que:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ora, se a Constituição de 1988 estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”.⁴¹

Segundo o magistério de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, à expressão “não excluem” constante do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna brasileira “não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (...) Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição mas têm valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adotamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega”⁴². E assim o fazendo, o *status* do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia Piovesan, que, quando a Carta da 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, dispõe que “os

direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *contrariu sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. (...) Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (...) A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional”.⁴³

Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação essa consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais⁴⁴. De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional⁴⁵. A própria função do Estado de proteger e promover a *dignidade da pessoa humana* já indica esta tal impossibilidade.⁴⁶

Dessa forma, tanto os *direitos* como as *garantias* constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente

41. Valerio de Oliveira Mazzuoli, A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, p. 32.

42. André Gonçalves Pereira; Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, p. 117 e 121.

protegidos⁴⁷. Em suma, um Estado que pretende ter seu ordenamento em grau superior ao do direito internacional dos direitos humanos, certamente está desvinculado do movimento internacional de proteção de direitos, regional e universalmente reconhecidos, não tendo, por isso, direito de afirmar seu propósito na proteção dos direitos humanos.⁴⁸

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versem sobre *direitos humanos*, não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional (mas supralegal), extraída justamente do citado artigo 102, III, “b”, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Deve-se insistir, porém, que essa teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de “direitos humanos”. Note-se que o parágrafo 2º, do artigo 5º da CF, fala em *direitos e garantias expressos na Constituição*, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de *direitos e garantias* individuais é que estão amparados por esta cláusula, chamada por isso mesmo de *cláusula aberta*, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol dos direitos e

43. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3. ed., p. 82, 83 e 85.

44. *Ibidem*, p. 82-103.

45. Não assiste razão, assim, a Alexandre de Moraes, para quem: “A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, *de caráter infraconstitucional*, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E, apoiado em decisões do STF, conclui: “As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos *normativos infraconstitucionais*, de mesma hierarquia às leis ordinárias (RTJ 83/809; STF – ADIn. n. 1.480-3 – medida liminar – rel. Min. Celso de Mello), subordinando-se, pois, integralmente, às normas constitucionais” [todos os grifos do original]. (*Direitos humanos fundamentais*, p. 302 e 304).

46. Cf. Carlos Weis. *Direitos humanos contemporâneos*, p. 28.

47. É também a opinião de Clèmerson Merlin Clève, que conclui atribuir a Constituição “aos direitos humanos definidos em tratado internacional o *status* de norma constitucional” (cf. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento, parecer publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 736, fev.

garantias constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o *status* de “norma constitucional”. A isso se acrescenta o argumento, sustentado por boa parte da doutrina publicista, “de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*”⁴⁹. Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, aliás, têm o caráter de serem normas imperativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter⁵⁰. Assim, somente surgindo nova norma de direito internacional geral é que os tratados existentes que estejam em oposição com essa norma se tornarão nulos e terminarão.⁵¹

Há, pois, nesse cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos, flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara: “Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamen-

1997, p. 527).

48. Cf. Máximo Pacheco G., citado por Carlos Weis, op. cit., p. 34.

te. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional”.⁵²

A inovação, no parágrafo 2º ao artigo 5º da Constituição de 1988, referente aos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, assim, além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, vem também reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta como um dos princípios pelos quais a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais (CF, art. 4º, II).

Esse dispositivo, por tais motivos, modificou sensivelmente a interpretação relativa às relações do direito internacional com o direito interno, no que toca à proteção dos direitos fundamentais, coletivos e sociais. Basta pensar que a inserção dos Estados em um *sistema supra-estatal* de proteção dos direitos humanos, com seus organismos de *controle internacional*, como lembra Bidart Campos, fortalece a tendência constitucional em limitar o Estado e seu poder de salvaguarda dos direitos fundamentais. Ademais, um Estado que, “*en acatamiento a una jurisdicción supraestatal, está prevenido de que violaciones internas a los derechos son susceptibles de derivarse a control y enjuiciamiento de una instancia internacional mediante acusación de incumplimiento de tratados sobre derechos humanos, seguramente se esmerará más en preservar los derechos de quienes están sometidos a su jurisdicción interna, y quedará inducido a vigilar que se respeten, que*

49. Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3. ed., p. 96.

50. Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), artigo 53. Segundo esse mesmo artigo Convenção de Viena, “é nulo todo tratado que, no momento de sua celebração esteja em oposição com uma norma interpretativa de direito internacional geral”, a exemplo das normas de *jus cogens*, que são obrigatórias. Cf. ainda, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, para quem “um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma ‘supra-legalidade internacional!’.” (*Manual de direito internacional público*, p. 277).

*cuenten con garantías hábiles, que se interpreten conforme a una opción preferencial por la solución más beneficiosa”.*⁵³

A Carta de 1988 reconhece explicitamente, portanto, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: aquela advinda do direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição), e aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Dessa forma, quando a Constituição brasileira estabelece que os *direitos* e *garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

Não bastasse esse extraordinário avanço, um outro ainda se apresenta. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro passam a incorporar-se *automaticamente* em nosso ordenamento, pelo que estatui o parágrafo 1º do artigo 5º da nossa Carta:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Esse parágrafo dá aplicação imediata a *todos* os direitos e garantias fundamentais. É dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos artigos 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte,

51. Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), artigo 64.

52. B. Boutros-Ghali, Empowering the United Nations, *Foreign Affairs*, v. 89, p. 98-99, 1992/1993, apud Louis Henkin et al, *International law: cases and materials*, p. 18.

tudo, consoante a regra do parágrafo 2º do seu artigo 5º.

É justamente esse último caso (aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos) que nos interessa neste estudo. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos artigos 5º a 17 da Constituição da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.⁵⁴

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento do citado parágrafo 1º do seu artigo 5º, a ter *aplicabilidade imediata*, dispensando-se, dessa forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos, tanto no plano interno, como no plano internacional. Já, nos casos de tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, esse decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário⁵⁵. Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o *monismo internacionalista kelseniano*, dispensando-se da sistemática da incorporação o decreto executivo presidencial, para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples *ratificação* do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

Além do artigo 5º, parágrafo 1º da Carta da República impor essa conclusão, a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis⁵⁶. Para Antônio Augusto Cançado Trindade: “Pode-se mesmo admitir uma presunção em

favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (*self-executing*) de uma norma internacional constitui, como se tem bem as-sinalado, por sua vez, ‘uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional’.⁵⁷

Todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*, passam a ser também *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1º, IV)⁵⁸. É o que se extrai do resultado da interpretação dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 5º da Lei Fundamental, em cotejo com o artigo 60, parágrafo 4º, IV, da mesma Carta. Isso porque o parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição da República, como se viu, dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dessa forma, os direitos inseridos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos passam a ser *cláusulas pétreas*, não podendo

53. German J. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 457-458.

54. A esse propósito, Fernando Luiz Ximenes Rocha ressalta a “posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal” (A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, n. 130, p. 81).

55. Valerio de Oliveira Mazzuoli, A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, p. 35.

56. Cf. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; Anna Carla Agazzi, Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, in *Direitos humanos: construção da liberdade e da*

ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do artigo parágrafo 4º, IV, do artigo 60, da Carta de 1988, que diz:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

IV - os direitos e garantias individuais.”

Ora, se a Constituição Federal permite que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno brasileiro, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e dispondo o produto normativo desses tratados sobre *direitos e garantias individuais*, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do parágrafo 1º do artigo 5º, e do parágrafo 4º, IV, do artigo 60, da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de emenda à Constituição. Ou seja, a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituírem *cláusulas pétreas*, não mais podendo ser suprimidos, por qualquer maneira.

Em suma, tendo ingressado tais tratados pela porta de entrada do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna de 1988, passam eles, da mesma forma que aqueles direitos garantidos no texto constitucional: *a*) a estar dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. II a V); *b*) a permear os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, inc. I, III e IV); *c*) a ser diretrizes que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º, inc. II), e; *d*) a constituírem *cláusula pétrea* do texto constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV), dando lugar à intervenção federal em caso de sua não-

igualdade, p. 223, nota 27.

57. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*, p. 34.

58. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de*

observância (art. 34, inc. VII, “b”).

5 O CIDADÃO E A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Como se viu, em face do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e reiterado na Conferência de Viena, em 1993, os *cidadãos*, hoje, são *todos* aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e desse Estado recebem uma carga de direitos e deveres.

A Constituição brasileira de 1988 consagra essa concepção em vários de seus dispositivos, estando hoje superada a antiga doutrina, do tempo do constitucionalismo imperial, da *cidadania ativa* e *passiva*, como querendo significar a prerrogativa de quem podia votar e ser votado, ou seja, de quem tinha direitos políticos.

Observe-se que a Carta de 1988, ao tratar, no seu artigo 14, dos direitos políticos, não se refere sequer em um momento à expressão *cidadania*, dizendo apenas que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)”. Pelo contrário: a Constituição faz uma separação entre cidadania e direitos políticos quando, no seu artigo 68, parágrafo 1º, II, ao tratar das leis delegadas, exclui do âmbito da delegação legislativa a “nacionalidade, *cidadania*, direitos individuais, *políticos* e eleitorais”.

Entretanto, em alguns outros dispositivos da Constituição, a palavra cidadania (ou cidadão) *poderia* ainda ter significação de direitos políticos, mas mesmo assim implícita, a exemplo dos artigos 22, XIII, e 5º, LXXIII. No primeiro, se lê que compete à União legislar sobre “nacionalidade, *cidadania* e naturalização” e, no segundo, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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”.⁵⁹

Mas, o que importa é que a Constituição de 1988 abandona, sem embargo disso, o velho conceito de cidadania ativa e passiva, incorporando em seu texto a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993.

Foi nesse sentido que, pioneiramente, estatuiu a Carta, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a *cidadania* (inc. II). Na mesma esteira, o disposto no artigo 5º, incisos LXXI (“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à *cidadania*”) e LXXVII (“são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da *cidadania*”). No seu Título VIII, Capítulo II, Seção I, a Carta Magna de 1988 dispõe, ainda, que a “educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da *cidadania* e sua qualificação para o trabalho (art. 205).

Outro dispositivo em que fica bastante marcada essa nova concepção de cidadania é o artigo 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

proteção dos direitos humanos, p. 36.

59. Da mesma forma, os seguintes dispositivos: “Art. 58 - O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º - Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: solicitar depoimento de qualquer autoridade ou *cidadão* (inc. V).”; “Art. 61 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos *cidadãos*, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”; “Art. 74, § 2º - Qualquer *cidadão*, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”; “Art. 89 - O Conselho da República é órgão superior de consulta do

que dispõe que: “A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será 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.”

Enfim, a Constituição de 1988 enriqueceu e ampliou os conceitos de cidadão e cidadania. Seu entendimento, agora, como leciona José Afonso da Silva, “decorre da idéia de *Constituição dirigente*, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania”.⁶⁰ De forma que não mais se trata de considerar a *cidadania* como simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim de aferir-lhe um núcleo mínimo e irredutível de direitos (fundamentais) que devem se impor, obrigatoriamente, à ação dos poderes públicos.

A cidadania, assim considerada – conclui brilhantemente o Professor José Afonso da Silva –, “consiste na consciência de pertinência à socieda-

Presidente da República, e dele participam: VII - seis *cidadãos* brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.”; “Art. 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: II - justiça de paz, remunerada, composta de *cidadãos* eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.”; “Art. 101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre *cidadãos* com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”; e, finalmente: “Art. 131 - A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre *cidadãos* maiores de

de estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos”.⁶¹

Vê-se, dessa forma, que a Carta de 1988 endossa esse novo conceito de cidadania, que tem na dignidade da pessoa humana sua maior principiologia e racionalidade. Consagra-se, de uma vez por todas, os pilares universais dos direitos humanos contemporâneos fundados na sua *universalidade, indivisibilidade e interdependência*.

6 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A NOVA CONCEPÇÃO DE CIDADANIA INTRODUZIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 introduz no ordenamento jurídico pátrio, assim, uma nova concepção de cidadania, fundada na *universalidade, indivisibilidade e interdependência* dos direitos humanos, extraída da interpretação conjugada de três de seus dispositivos, até então inéditos na história da direito constitucional brasileiro: o artigo 1º, III, o artigo 4º, II e o artigo 5º, parágrafo 2º.

Fazendo-se uma interpretação sistemático-teleológica da Constituição, que proclama em seu artigo 4º, II, que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*, e em seu artigo 1º, III, que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, dentre outros, a *dignidade da pessoa humana* (sendo esta um dos pilares sobre o qual se assenta o Estado brasileiro), a outra conclusão não se chega, senão a de que o propósito do legislador constituinte, no artigo 5º, parágrafo 2º da Carta da República,

trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

60. José Afonso da Silva, *Faculdades de Direito e construção da cidadania*, cit., p. 141.

foi realmente o de consagrar, de forma efetiva, a universalidade dos direitos humanos, dando sempre primazia à norma mais benéfica ao ser humano.⁶² Assim, quando a Constituição dispõe em seu artigo 4º, II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, *inter alia*, pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela porta de entrada do seu artigo 5º, parágrafo 2º, que, como já foi visto, tem o caráter de cláusula aberta à inclusão de novos direitos e garantias individuais provenientes de tratados.⁶³

Consagrou-se, definitivamente, e de forma até então inédita, o princípio da *primazia da norma mais favorável às vítimas*, reconhecendo-se os direitos humanos como tema global e de legítimo interesse da comunidade internacional.

Como bem exprimiu Pedro Dallari, “a *prevalência dos direitos humanos*, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo País para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes ‘dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.”⁶⁴

Por sua vez, a *dignidade da pessoa humana* – considerada um *bem soberano do espírito*, nas palavras de Goffredo Telles Junior⁶⁵ –, é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais do homem. É, na lição de José Afonso da Silva⁶⁶, “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, concepção da

61. Ibidem, p. 142.

qual também se filia Canotilho quando diz ser a dignidade da pessoa humana “a raiz fundamentante dos direitos humanos”⁶⁷. Na lição lapidar da Professora Flávia Piovesan, “considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem cons-titucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (...) À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”.⁶⁸

Daí a consideração de ser esse princípio um princípio aberto⁶⁹, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional. Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático, ocupando o grau superior da ordem jurídica.⁷⁰

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo esse dispositivo, inserto no capítulo primeiro da Carta, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, “a dignidade do homem é inviolável”, estando os Poderes Públicos “obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (art. 1, n. 1)⁷¹. Assim estatuinto, explica Werner Maihofer, passa a dignidade humana a ser declarada “*como el presupuesto último, como el fundamento, y la obligación del Estado que de ella se deduce*

62. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos & relações internacionais*, p. 132.

63. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos...*, p. 97; e, também, *A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*, p. 37.

64. Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*, p. 162.

65. Cf. *Iniciação na ciência do direito*, p. 341 e ss.

66. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 106.

como el fin supremo de una democracia en libertad”.⁷²

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, deve-se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio da *primazia da norma mais favorável às vítimas*, princípio este defendido com veemência pelo Professor Cançado Trindade, e expressamente assegurado pelo artigo 4º, II, da Constituição Federal.

Em outras palavras, a *primazia* é da norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana. Se essa norma mais protetora for a própria Constituição, ótimo. Se não for, deixa-se esta de lado (*rectius*: inaplica-se-a nesta parte) e utiliza-se a norma mais favorável à pessoa humana, sujeito de direitos internacionalmente consagrados. Como bem explica Flávia Piovesan, “se a situação fosse inversa – se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional – aplicar-se-ia a norma constitucional, inobstante os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apontam a essa direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o

67. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 498 e ss.

68. Flávia Piovesan, A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, p. 87.

69. Para Paulo Bonavides: “São princípios abertos, sobretudo, os princípios da Constituição, tais como, segundo assinala Grabitz, a *dignidade da pessoa humana*, a liberdade, a igualdade, o Estado de direito, o Estado social, a democracia e a separação de Poderes” [grifo nosso] (*Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 242).

70. Como bem salienta a Professora Flávia Piovesan: “Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.” (A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, p. 85-86).

71. No original: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist*

alcance da proteção nacional dos direitos humanos”⁷³

É também a opinião do Professor Clèmerson Merlin Clève, cuja lição é no sentido de que, na medida em que o texto convencional é mais generoso que o constitucional, ele não ofende a Constituição, tendo em vista estar respeitando o *mínimo* nela previsto com o estabelecimento da garantia. De tal sorte que, em matéria de direitos fundamentais, ocorrendo conflito entre instrumentos de garantia (sejam internos ou internacionais), cumpre aplicar aquele que mais vantagem ofereça ao cidadão.⁷⁴

A inconstitucionalidade de certas normas constitucionais resulta, pois, do fato de a própria Constituição, no seu artigo 60, parágrafo 4º, IV, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais e da prevalência dos direitos humanos, este último, como princípio a reger o Estado brasileiro no cenário internacional. Daí poder-se dizer que se uma norma constitucional conflitar com outra proveniente de tratado internacional de direitos humanos mais benéfica, esta norma menos protetiva, como tal, passa a ser inconstitucional, por carência de enquadramento no próprio sistema constitucional de direitos que, além de prever a recepção das normas provenientes de tratados, dá sempre prevalência, em caso de conflito, à norma mais favorável aos seus protegidos.

Assim, a partir do momento em que a Constituição se *alarga* para receber aqueles direitos internacionais provenientes de tratados, não pode ela mesma infringir esses preceitos, se mais benéficos, através do reconhecimento de outros direitos em seu texto expressos, cuja força pro-

Verpflichtung aller staatlichen Gewalt’.

72. Werner Maihofer, Principios de una democracia en libertad, in Ernst Benda et al, *Manual de derecho constitucional*, p. 278.

73. Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, cit., p. 45. Quem não atentou para este detalhe foi Alexandre de Moraes, que, em comentário ao parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, afirmou: “Esses atos normativos [tratados internacionais de proteção dos direitos humanos] são passíveis de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pois apesar de originários de instrumento internacional não guardam nenhuma validade no ordenamento jurídico interno se afrontarem qualquer preceito da Constituição Federal” (*Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 304). O afirmado pelo autor só tem aplicação no que diz respeito àqueles tratados *tradicionais* ou *comuns*, jamais servindo para os tratados de proteção dos direitos humanos,

tativa é menor. E isso porque o próprio legislador constituinte, através da positivação dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem, buscou alargar o rol dos direitos e garantias consagrados, declarando os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos como parte integrante da “ordem constitucional”.⁷⁵

E isso não quer dizer que a Constituição, que é *rígida*, estar-se-ia tornando *flexível*, no que permite a inaplicabilidade de seu texto. Absolutamente. Sabe-se que Constituição rígida é aquela que demanda procedimento especial e qualificado para a sua modificação, diferentemente do utilizado para a legislação ordinária. Os tratados internacionais, mesmo quando, para sua aprovação parlamentar, sigam o trâmite comum das leis, não se incorporam ao direito interno em virtude dessa lei aprovatória (que, no caso brasileiro, consubstancia-se num decreto legislativo), posto que ainda requerem sejam *ratificados* pelo Presidente da República, o que demonstra “que o trâmite ou o procedimento – tanto interno como internacional – de celebração e conclusão de tratados não é igual ao da sanção das leis ordinárias (mesmo quando inclua uma etapa parlamentar aprovatória, e quando esta se cumpre do modo como aquelas leis se sancionam)”⁷⁶. Em todo caso, como ensina Bidart Campos, deve-se admitir que estamos diante de uma *rigidez mitigada*, que não significa, em absoluto, flexibilidade constitucional.⁷⁷

No plano global, vários tratados de direitos humanos têm expressamente proibido aos Estados-partes qualquer restrição ou derrogação aos direitos reconhecidos ou vigentes nesses Estados, em virtude de outras convenções, leis, regulamentos ou costumes menos propícios à obtenção de qualquer direito assegurado pelo Estado. Assim é que o Pacto de Direitos Civis e Políticos não admite qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, “sob pretexto

como já se viu por várias vezes no decorrer deste texto.

74. Cf. Clèmerson Merlin Clève, Contribuições previdenciárias. Não recolhimento, cit., p. 531. Como destaca Paolo Barile: “Qualora invece la norma internazionale sia riduttiva rispetto a quella costituzionale (...), essa non sarà applicabile, non avendo la forza di ‘scalfire la costituzione della repubblica’.” (*Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, p. 443).

de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (art. 5º, 2). De outra banda, tanto a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (art. 5º) quanto a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (art. 5º), prevêm, da mesma forma, que nenhuma de suas disposições prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos respectivamente aos refugiados e apátridas, independentemente delas. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher adverte que nada do disposto nela prejudicará “qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: *a*) na legislação de um Estado-parte; ou *b*) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado” (art. 23). Por fim, seguindo o mesmo raciocínio, a Convenção sobre os Direitos da Criança também estabelece que nada do que nela foi estipulado afetará as “disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: *a*) das leis de um Estado-parte; *b*) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado” (art. 41).⁷⁸

No plano regional, cita-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados” (art. 29, “b”); proíbe, ainda, a interpretação de qualquer de suas disposições, no sentido de “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (art. 29, “d”). O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), da mesma maneira, determina que “não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os

75. Cf. Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, p. 22.

76. German J. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 464.

reconhece ou os reconhece em menor grau” (art. 4º).

No Continente Americano, assim como no Continente Europeu, a solução é a mesma.⁷⁹ A Convenção Européia de Direitos Humanos, assim, estipula que nenhuma de suas disposições será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos humanos reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado-parte ou com qualquer outra convenção em que este for Parte (art. 60). A Convenção Européia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, por sua vez, deixa claro que não prejudicará ela “os dispositivos do direito interno ou de qualquer acordo internacional que forneçam maior proteção às pessoas privadas de sua liberdade” (art. 17, 1). A Carta Social Européia, por fim, seguindo a mesma linha das anteriores, deixa estatuído que as suas disposições não prejudicarão as de direito interno, nem as de tratados que “sejam mais favoráveis às pessoas protegidas” (art. 32), tudo pela consagração do *princípio da primazia*.⁸⁰

Note-se que, ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional (CF, art. 5º, § 2º), eventuais conflitos existentes entre essas “duas normas constitucionais” (o conflito, frise-se, é apenas aparente!) deve ser resolvido dando sempre prevalência ao interesse (*valor*) maior em conflito⁸¹. Como vimos, sempre que uma norma proveniente de tratados internacionais, contiver disposição de direito que favoreça o ser humano, essa norma, como tal, passa a ser considerada, por permissão expressa da própria Carta Magna, verdadeira “norma constitucional”. E, se porventura houver choque entre essa nova norma incorporada por um tratado e alguma disposição constitucional, ou seja, se houver contraposição entre essas “duas normas constitucionais” (que são, logo, da mesma categoria), terá primazia a norma que der *prevalência aos direitos humanos*, consoante dispõe o artigo 4º, II, da Constituição Federal, seguindo a interpretação que propusemos anteriormente.⁸²

77. Idem, *ibidem*.

78. Vide, por tudo, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, p. 434-435.

Trata-se, realmente, de questão tormentosa no campo da hermenêutica, e que deve ser resolvida em cotejo com os *princípios fundamentais* consagrados pela Constituição, dando-se primazia à norma de *maior valor principiológico* existente. Isto é, àquela norma imbuída de todo o conteúdo valorativo do princípio. Esse *valor* maior a prevalecer no caso de colisão de normas constitucionais, assim, deve sempre ser aferido em cotejo com a principiologia estabelecida pela Carta Magna, na regência de determinada situação, levando em conta a dimensão de seu *peso*, cuja variação será determinada pelo caso em concreto. O *peso valorativo* que os princípios impregnam a determinadas normas, as coloca em situação de *prevalência* ou *primazia* sobre as demais com elas conflitantes, em virtude de nem uma, nem outra, serem absolutas na seara da hermenêutica constitucional.⁸³

Como bem leciona Bidart Campos, num sistema de normas “*que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque todas se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto*”.⁸⁴

Por tudo isso, pode-se dizer que, por autorização própria, a Constituição Federal de 1988 permite a derrogação de seu próprio texto (*rectius*: a inaplicabilidade de seu texto), quando uma norma decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, ou inscrita nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, for, no que diz respeito aos *direitos*

79. *Ibidem*, p. 435.

80. Segundo escreveu Antônio Augusto Cançado Trindade, em *apresentação* à obra da Professora Flávia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 4. ed., cit., p. 20-21): “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interno – que melhor proteja os direitos humanos. O Direito dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas”.

81. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos & relações internacionais*, p. 135; e, também,

e garantias nela expressos, mais *favorável* ao ser humano, pois são princípios da República Federativa do Brasil, dentre outros, a *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), e a *prevalência dos direitos humanos*, este último a reger as relações do Estado brasileiro no âmbito internacional (CF, art. 4º, II). É o que chamamos de *efeito derogatório*.

Ao contrário, se o estatuído nos tratados pelo Brasil ratificados for, em confronto com a Constituição, *menos favorável* ao ser humano, ou se-ja, se os tratados disciplinarem a mesma matéria, prevendo menos direitos e garantias do que os previstos pela norma constitucional, essa norma convencional, fruto do Direito Internacional, não terá, em nosso ordenamento interno, nenhum vigor, devendo prevalecer aquela norma constitucional mais favorável. Por isso, um tratado internacional sobre direitos humanos, só terá efeito derogatório dos direitos e garantias fundamentais, quando trouxer consigo mais direitos e mais garantias do que aqueles previstos pelo texto constitucional, pois, como se viu, a *primazia é da norma mais favorável* ao ser humano.

Como se viu, a Constituição de 1988 reconhece, no que tange ao seu sistema de proteção de direitos, uma *dupla fonte normativa*: a interna e a internacional. E essa dualidade de fontes que alimenta a completude do

-
- A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, p. 38.
82. A esse respeito, de grande expressividade é a lição da Professora Flávia Piovesan, nestes termos: "A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido" (A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, p. 93).
83. Paulo Bonavides, citando Dworkin, a esse propósito, leciona: "A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância. (...) Um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer

sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois o que se visa, é a *otimização* e a *maximização* do sistema (interno e internacional) de direitos e garantias individuais.⁸⁵

A Carta Constitucional da Venezuela, de 17 de novembro de 1999, a esse respeito, é, para nós, um modelo a ser seguido. De fato, a recente Constituição venezuelana dispõe, em seu artigo 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, “têm *hierarquia constitucional e prevalecem* na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício *mais favoráveis* às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de *aplicação imediata* e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público”.

A aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável, neste compasso, como bem lembram Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Anna Carla Agazzi, impõe a observância de duas regras de suma importância:

a) Em primeiro lugar, não suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos mais benéficos ao ser humano previstos nos tratados ratificados. Tal regra consta de maneira expressa da maioria dos tratados, como advém da circunstância do Estado obrigar-se a acatar os preceitos dos tratados. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 27, já dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não cumprimento de tratado”;

b) Caso exista alguma disposição existente em lei promulgada internamente que seja mais favorável às pessoas residentes no país, essa

sobre a outra em razão de seu maior peso.” (*Curso de direito constitucional*, p. 253).

84. German J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, v. 3,

norma prevalece sobre as disposições que constem de tratados aos quais o país aderiu.⁸⁶

O artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), aliás, é expresso a esse respeito, quando estabelece que: “Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: *a*) na legislação de um Estado-parte; ou; *b*) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado”.

Em que pesem as opiniões contrárias, a aplicação do princípio da *primazia da norma mais favorável* não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que decorre de seus próprios postulados. Se se tratasse de restrição de um direito constitucional, nesse caso, poder-se-ia dizer inconstitucional a norma proveniente do tratado, aplicando, nesse particular, a norma interna, mais favorável. Tratando-se, porém, “de direito, de extensão de uma garantia mínima inscrita no catálogo dos direitos fundamentais, é evidente que não é inconstitucional”, segundo as sábias palavras do Professor Clèmerson Merlin Clève.⁸⁷

Bem de ver-se que o próprio Título I da Carta da República de 1988, onde se insere o artigo 4º, II, já citado, foi intitulado “Dos Princípios Fundamentais”. Aliás, a própria Constituição de 1988, no inciso XXXI de seu artigo 5º, consagra o *princípio da primazia da norma mais favorável*, tratando-se da sucessão de bens de estrangeiros situados no país, quando dispõe que: “A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”. Esse texto, idêntico por sinal ao da Carta revogada, como se percebe, consa-

p. 277.

85. Cf. German J. Bidart Campos, op. cit. p. 282.

86. Cf. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; Anna Carla Agazzi, Integração, eficácia e

gra expressamente tal princípio, o que mostra não ser desconhecido do legislador constituinte, fazendo-se ver que a sua aplicação realmente não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que, como já dissemos, decorre de seus próprios postulados, fazendo-se uma interpretação sistemática e teleológica dos seus preceitos.

A dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), protegida por esses princípios, sobrepõe-se acima de qualquer disposição em contrário, limitativa de seu exercício. No atual contexto da “era dos direitos” de Bobbio, não há mais falar-se sobre a já superada polêmica entre monistas e dualistas, no que diz respeito à proteção dos *human rights*⁸⁸. No presente domínio do direito internacional e direito interno estão em constante interação, conformando-se num todo harmônico, no que tange à proteção dos direitos humanos. Não se pretende, por conseguinte, dar primazia a um ou outro, mas sim à norma que, no caso, mais proteja os direitos das pessoas protegidas. Por esse motivo, é irrelevante e ocioso, no que toca à proteção dos direitos humanos, o estudo do conflito de normas entre direito internacional e direito interno, tendo em vista que a solução consagrada em inúmeros tratados de proteção dos direitos humanos é a de se escolher a norma mais favorável às vítimas de violações de direitos.⁸⁹

É a lição do Professor Cançado Trindade, nestes termos: “No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por

aplicabilidade..., p. 226-227.

87. Cf. Clèmerson Merlin Clève, Contribuições previdenciárias. Não recolhimento..., cit., p. 528. Ainda segundo esse jurista: “A Constituição, com os direitos fundamentais, nomeadamente com os direitos de defesa, cria uma zona de incompetência para o Poder Público, inclusive o legislador, de modo que ele não poderá assaltar o muro construído. Impedido de restringir a garantia constitucional, não ficará, entretanto, impedido de ampliá-la (...). E desde esta ótica que precisa ser visto o tratado internacional. Incorporado ao direito interno, seja automaticamente (como pretende a nova doutrina), seja em virtude de ato expresso de recepção (o que já ocorreu no Brasil, como se sabe), ele comprime o poder de conformação e de restrição legislativa do Estado-legislador, ampliando a garantia já plasmada no texto constitucional, completando-

suas implicações práticas”⁹⁰. Um deles, como já se viu, é o próprio Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 5º, 2) que dispõe: “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, *sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau*” [grifo nosso]. Esse dispositivo, como destaca Carlos Weis, possui uma particular relevância, “pois cria uma regra de inteligência para os direitos estatuídos nos tratados internacionais de direitos humanos, a ordenar que a interpretação de suas prescrições deve ser a mais ampliada possível, de modo a lhes conferir eficácia máxima”, de sorte que, “se uma norma de direito interno definir determinado direito de maneira mais abrangente ou melhor garantir seu gozo, deve prevalecer sobre o Pacto”, e, *contrariu sensu*, “prevalece a norma do tratado internacional quando esta for a que consagre de modo mais ampliado o direito fundamental”.⁹¹

“O critério da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos” – diz Antônio Augusto Cançado Trindade – “contribui, em primeiro lugar para reduzir ou minimizar as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, tanto em dimensão vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados). No tocante a esta última, o critério da primazia da disposição mais favorável às vítimas já em fim da década de cinquenta era aplicado pela Comissão Européia de Direitos Humanos (petição

a, sim, mas sem jamais confrontá-la”. (ibidem, p. 528-529).

88. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, p. 39.

89. Cf. Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 401-402: “A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas *nacionais* de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um *ordenamento jurídico de proteção*. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres huma-

n. 235/56, de 1958-1959), e recebeu reconhecimento especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer de 1985 sobre a *Associação Obrigatória de Jornalistas*. Contribui, em terceiro lugar (...), para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção”.⁹²

Segundo Max Soresen, a primazia da norma mais favorável, hoje, é clara e se evidencia “*por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella*”. Ainda, segundo o referido autor: “*El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio (...). Pero, (...), todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que queda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese*”.⁹³

Enfim, ao se relacionar a Constituição de 1988 com a concepção contemporânea de cidadania, percebe-se que a Carta brasileira está em perfeita consonância com o ideário da *universalidade* e *indivisibilidade* dos direitos humanos.

A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira que

nos protegidos”.

90. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*, cit., p. 43.

integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam espalhados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A Carta de 1988, assim, foi a primeira a explicitamente prescrever que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo pois inconcebível separar o valor liberdade (direitos civis e políticos) do valor igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).

Conclui-se, portanto, que a Constituição brasileira de 1988 endossa, de forma explícita, a concepção contemporânea de cidadania, afinada com as novas exigências da democracia e fundada no duplo pilar da *universalidade* e *indivisibilidade* dos direitos humanos.

7 CONCLUSÕES

I - A idéia de *cidadania* surgiu como querendo significar a qualidade do indivíduo a que se atribuíam direitos políticos de votar e ser votado. Falava-se, então em *cidadãos ativos*, que gozavam de direitos políticos, e em *cidadãos inativos*, destituídos dos direitos de eleger e ser eleito. Assim, *Homem* e *Cidadão* recebiam significados distintos. O *Cidadão* teria um *plus* em relação àquele, consistente na titularidade de direitos na ordem política.

II - Em virtude do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com a elaboração da Declaração Universal de 1948, essa idéia vai sendo gradativamente modificada, passando a considerar-se *cidadãos* todos aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem direitos e deveres.

III - Começou-se, a partir daí, a testemunhar-se uma crescente evolução na identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional,

91. Carlos Weis, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 31.

92. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, p. 436 (n. 59); também em *Direito internacional e direito interno...*, op. cit. supra, p. 44-45.

93. Max Soresen, *Manual de derecho internacional*, Mexico: Fondo de Cultura Económico, 1992, apud. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, *O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos*, p. 13, nota n. 12.

no que respeita à proteção dos direitos humanos. Os direitos humanos passaram, então, com o amadurecimento evolutivo desse processo, a transcender os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos, afastando-se de vez, o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta, que considerava como sendo os Estados os únicos sujeitos de direito internacional público.

IV - O “direito a ter direitos”, segundo a terminologia de Hannah Arendt, passou, então, a ser o referencial primeiro de todo este processo internacionalizante. Aflorou-se, então, todo um processo de internacionalização dos direitos humanos, criando uma sistemática internacional de proteção, mediante a qual se torna possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando, internamente, os órgãos competentes não apresentarem respostas satisfatórias na proteção desses mesmos direitos.

V - O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios, autonomia e especificidade, sendo característica de suas normas a expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Libertou-se, de vez, a rígida distinção até então existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos seus clássicos paradigmas.

VI - Os direitos humanos passaram, então, a fundar-se nos pilares da *universalidade* e *indivisibilidade*, consagrados pela Declaração Universal de 1948 e reiterado pela Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, no ano de 1993. Compreendeu-se, enfim, que o relativismo cultural não pode ser invocado para justificar violações aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Ficou superada a dicotomia até então existente entre “categorias de direitos” (civis e políticos de um lado; econômicos, sociais e culturais, de outro), historicamente incorreta e juridicamente infundada, porque não há hierarquia quanto a esses direitos, estando todos equitativamente balanceados, em pé de igualdade.

VII - Os direitos humanos, então, além de *universais* e *indivisíveis*,

são também, por natureza, *fundamentais*. Consagram-se, assim, os princípios da *inviolabilidade da pessoa*, da *autonomia da pessoa* e o da *dignidade da pessoa humana*. Daí serem os direitos humanos *irrenunciáveis*, *inalienáveis* e *inexauríveis*.

VIII - A Constituição brasileira de 1988, marco fundamental do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, recebe os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos com *índole e nível* constitucional, além de dar aplicação imediata às suas normas devidamente incorporadas. A abertura do sistema se deu no artigo 5º, parágrafo 2º, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

IX - Assim, tendo tais tratados ingressado pela porta de entrada do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna de 1988, passam eles, da mesma forma que aqueles direitos garantidos no texto constitucional: *a*) a estar dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. II a V); *b*) a permear os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, inc. I, III e IV); *c*) a ser diretrizes que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º, inc. II), e; *d*) a constituírem *cláusula pétrea* do texto constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV), dando lugar à intervenção federal em caso de sua não-observância (art. 34, inc. VII, “b”).

X - A Constituição de 1988 abandona o velho conceito de cidadania ativa e passiva, incorporando em seu texto a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993. A Carta de 1988 endossa esse novo conceito de cidadania, que tem na dignidade da pessoa humana sua maior principiologia e racionalidade, consagrando-se, de uma vez por todas, os pilares universais dos direitos humanos contemporâneos.

XI - A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e

qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam espalhados no capítulo pertinente à ordem econômica e social.

XII - A Constituição brasileira de 1988 endossa, portanto, de forma explícita, a concepção contemporânea de cidadania, afinada com as novas exigências da democracia e fundada no duplo pilar da *universalidade* e *indivisibilidade* dos direitos humanos.

8 BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, IBDC/Revista dos Tribunais, v. 8, n. 31, p. 27-38, abr./jun. 2000.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva Universitária, 1972.

. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Reimpresão. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A plenitude da cidadania (teoria geral da cidadania) e as garantias constitucionais e processuais. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no di-*

reito brasileiro, 2. ed. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1984 [impressão: 1992].

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di diritto pubblico*, 8. ed. Padova: CEDAM, 1998.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; GÓIS, Ancelmo César Lins de. Direito internacional e globalização. *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*, v. 4, n. 8, p. 27-42, 1º sem. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Hrsg). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BENDA, Ernst. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BIDART CAMPOS, German J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1995. v. 3 (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de direito internacional público*. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958. v. 1.

. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Minnesota: West Publishing, 1988.

. Modern constitutions and human rights treaties. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, p. 211-223, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas; MAIER, Harold G. *Public international law*. 2. ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1990.

BUERGENTHAL, Thomas; GROS ESPIELL, Héctor; GROSSMAN, _____ Claudio; MAIER, Harold G. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 26. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São

Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

_____. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*: distintos

——tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos. *Justiça e democracia*, revista semestral de informação e debate, São Paulo, Associação Juizes para a Democracia/Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 10-33, jul./dez. 1996.

. O judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal, 3.^a Região – Escola dos Magistrados – Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.

CLAUDE, Richard Pierr; WESTON, Burns H (Eds.). *Human rights in the world community: issues and action*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 736, p. 503-532, fev. 1997.

. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal, 3.^a Região (Escola dos Magistrados)*. Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.

GORDILLO, Agustin. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales - parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo,

_____1990.

HANNUM, Hurst (Org.). *Guide to international human rights practice*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

HENKIN, Louis; PUGH, Richard; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (die normative kraft der Verfassung)*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____ HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993. v. 2 - Sistema Interamericano.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*. Paris, 1926. v. 4, t. 14.

_____ . *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

. O sul e o norte dos direitos humanos. *Justiça e democracia*, revista semestral de informação e debate, São Paulo, Associação Juízes para a Democracia/Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 95-108, jul./dez. 1996.

. A atualidade retrospectiva da conferência de Viena sobre direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 53, p. 13-66, jun. 2000.

MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In:

BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MARINHO, Josaphat. Dos direitos humanos e suas garantias. In: *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000.

. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto: Livraria Nacional de Direito Livraria, v. 1, n. 6, p. 26-50, jun. 2000.

. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 53, p. 83-106, jun. 2000.

. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000.

. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000.

. Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 48, n. 278, p. 39-60, dez. 2000.

MODUGNO, Franco. *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*. Torino: G. Giappichelli.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

———. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos, n. 3).

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. 3. tir. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro – interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. In: *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. (Série Estudos, n. 11).

PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. *Justiça e democracia*, revista semestral de informação e debate, São Paulo, Associação Juízes para a Democracia/Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 109-118, jul./dez. 1996.

———. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- . A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, p. 81-102, jan./dez., 1999.
- . A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- . *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do Mercosul. *Scientia Iuris: revista do curso de mestrado em Direito Negocial da UEL*, v. 1, n. 1, p. 99-116, Londrina, 1997.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal/ Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 33, n. 130, abr./jun. 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SANCTIS, Fausto Martin de. A Corte Européia dos Direitos do Homem. *Revista da AJUFE: Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, v. 18, n. 60, p. 151-154, jan./mar. 1999.
- SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- SENADO FEDERAL. *Direitos humanos: instrumentos internacionais* –

documentos diversos. 2. ed. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Edição Especial, p. 161-185, set. 1998.

. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

. Faculdades de direito e construção da cidadania. In: _____. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 138.

. Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988. In: _____. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 190.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *Human rights in context: law, politics, morals*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1996.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quantico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 6. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1985.

. *Ética: do mundo da célula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e*

_____penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Regina Beatriz Tavares da Silva*

Sumário: 1 O Código Civil vigente e a Constituição Federal; 2 Breve histórico sobre a tramitação legislativa do projeto de Código Civil; 3 O projeto de Código Civil em sua fase atual. Adequações constitucionais e legais no direito de família; 4 A dignidade da pessoa humana no direito de família e o projeto de Código Civil na fase atual.

* Advogada, Mestre e Doutora em Direito Civil pela USP e Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1 O CÓDIGO CIVIL VIGENTE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A importância da codificação civil decorre da inegável relevância desse ramo do Direito, que é o direito comum a todas as pessoas.

Dentre os ramos do Direito Civil, destaca-se o Direito de Família, que disciplina as relações de ordem pessoal e patrimonial que afetam a pessoa, no núcleo familiar.

A importância da família, como instituição geradora e formadora de pessoas, faz dela a célula essencial para a preservação e o desenvolvimento dos membros que a integram e da nação.

O Código Civil vigente – Lei n. 3.071, de 1º.1.1916 – oriundo do inesgotável saber de Clovis Bevilacqua, embora seja um diploma legal de grande valia, não está adaptado aos novos valores e princípios constitucionais, além de ter sofrido a incidência de múltiplas leis, bem como ter a seu lado a vigência de tantas outras, o que dificulta a interpretação, em prejuízo da ordem jurídica.

A preocupação marcante de nossa codificação civil residiu nas relações patrimoniais, tendo como princípio basilar a autonomia da vontade – poder da pessoa de praticar ou não um certo ato, de acordo com a sua vontade. Era preciso, quando o Código Civil de 1916 foi promulgado, garantir a atividade econômica privada e a estabilidade nas relações jurídicas de cunho privado.

Movimentos sociais, a industrialização, duas Grandes Guerras quebraram aquela estabilidade e passou a ser inevitável a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, com a chamada socialização do Direito Civil, que perdeu o caráter individualista e passou a voltar-se à proteção do indivíduo integrado na sociedade.

As atenções voltaram-se para a pessoa em si mesma, à tutela de sua personalidade, de sua dignidade como ser humano. Ocorreu uma grande

modificação nos princípios e fundamentos do Direito Civil e do Direito de Família, com sua “repersonalização”.¹

As Constituições da República Federativa do Brasil passaram a versar sobre matérias de Direito Privado, sendo que a Constituição de 1988 chegou ao ápice desse movimento, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e princípios que tutelam várias relações de Direito Privado, dentre os quais se destacam aqueles referentes às relações de família.

As profundas transformações ocorridas na sociedade, no decorrer do último século, receberam a devida atenção no plano constitucional, tendo em vista a almejada e merecida proteção aos membros de uma família, como se verifica na consagração dos princípios da absoluta igualdade entre pessoas casadas, da total isonomia entre filhos, independentemente de sua origem, da proteção à união estável e à família monoparental (arts. 226 e 227).

Merece algumas linhas a chamada constitucionalização do Direito Civil, teoria que vem ganhando adeptos, em face da interpenetração do Direito Constitucional e do Direito Civil, da interferência do Estado nas relações privadas e dos vários dispositivos da Constituição da República que regulam relações entre particulares.²

A idéia de constitucionalização do Direito Civil resulta na substituição do Código Civil de 1916 pela Constituição da República, esta como ponto de referência, como salvaguarda da uniformidade e do sistema legislativo.

Realmente essa ingerência da Constituição da República nas relações privadas existe e as Constituições devem sempre ser havidas como Leis

1. Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, A repersonalização das relações de família, in *O direito de família e a Constituição de 1988*, p. 71-75 e Constitucionalização do direito civil, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999 – Separata; ver também, Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

2. Ver Gustavo Tepedino, ob. cit.; Paulo Luiz Neto Lôbo, Constitucionalização do direito civil, cit.

Maiores no ordenamento jurídico, com o sentido de *tête du chapitre*, na feliz expressão francesa, eis que está no topo legislativo.

No entanto, a regulamentação constitucional de matérias civis não tem o condão de eliminar a necessidade da codificação de Direito Civil, cuja abrangência, por si só, demonstra a insuficiência daquela normatização.

Além disso, no estágio atual, o Código Civil em vigor não está adaptado à Lei Maior, e várias leis regulam, isoladamente, até mesmo de forma contraditória, institutos jurídicos de ordem civil. Essa ausência de adequação constitucional do diploma civil e a proliferação de leis de conteúdo civil acarreta uma grave crise, que não foi e não poderá ser evitada pela chamada constitucionalização do Direito Civil.

A título de exemplo, são citadas as regras discriminatórias constantes do Código Civil de 1916, nos efeitos jurídicos do casamento, sobre os direitos e deveres do marido e os direitos e deveres da mulher, segundo as quais o homem é o chefe da sociedade conjugal, o homem tem o dever de manter a família, a mulher é mera colaboradora do marido nos encargos da família, a mulher tem direito aos bens reservados etc., que estão em desacordo com o princípio da absoluta igualdade entre as pessoas casadas, estabelecido no artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal. Várias interpretações surgem, a cada instante, sobre essas disposições do diploma civil, desde sua revogação total ou parcial à sua plena vigência.³

Cite-se ainda a existência concomitante de duas leis sobre a união estável – Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 – cujos dispositivos são alvo de diferentes interpretações sobre os requisitos dessa entidade familiar e seus efeitos.

Verifica-se, assim, com facilidade, a insegurança jurídica existente nos dias de hoje e quão necessário é um novo Código Civil regulamento o Direito de Família.

Em suma, não há uma constitucionalização do Direito Civil, o que ocorre

3. V. Regina Beatriz Tavares da Silva, *Reparação civil na separação e no divórcio*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63-70 e 81-86.

é o tratamento pela Constituição Federal de institutos de Direito Civil, sendo que a unidade hermenêutica, com a interpretação das regras de Direito Civil de acordo com os princípios constitucionais, não retira a autonomia deste ramo do Direito.

A Constituição da República deu as linhas mestras de alguns dos principais institutos de Direito Privado, principalmente no Direito de Família, mas não chega ao ponto de dispensar uma regulamentação mais ampla dos institutos do Direito Civil por um novo Código. A descodificação não é a solução adequada, sendo indispensável que um diploma legal de Direito Civil forneça não só as principais balizas, mas, também, regula-mente as relações privadas.

Como disse Guy Braibant, na vice-presidência da Comissão Superior de Codificação da França: “codifica-se nos períodos em que o direito che-gou a um tal nível de dispersão e de proliferação que se torna insuportável.”

Em suma, a codificação é necessária, eis que sistematiza a matéria, o que facilita sua compreensão e interpretação, cabendo à legislação especial regulamentar matérias que nela não estejam previstas, sem, no entanto, substituí-la.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

O atual Projeto de Código Civil (634-C/75) tem sua origem no anteprojeto elaborado por comissão constituída em 1969, por renomados juristas: Miguel Reale, como supervisor, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro.

No ano de 1975, foi encaminhado ao Congresso Nacional. Teve sua redação aprovada pela Câmara dos Deputados, onde recebeu emendas, e foi remetido ao Senado no ano de 1984, sob o n. 118/84.

No Senado, foi arquivado, até que, em 1991, foi constituída comissão, para reapreciá-lo, com a nomeação do Senador Josaphat Marinho como rela-

tor geral.

No Senado Federal, recebeu várias emendas, sendo 140 delas referentes ao Livro do Direito de Família.

Teve sua redação aprovada pelo Senado Federal e foi publicado no respectivo Diário, em 11.12.1997.

Quando o Projeto encontrava-se no Senado, realizei, em co-autoria com Álvaro Villaça Azevedo, sugestões legislativas referentes ao Livro do Direito de Família⁴. Algumas dessas sugestões foram acolhidas pelo Senado Federal, como se verifica no texto que essa Casa do Congresso aprovou, e no Parecer do respectivo relator – Senador Josaphat Marinho.

Em face do longo processo legislativo do Projeto de Código Civil e das várias emendas apresentadas, não obstante o esforço e a acuidade do Senador Josaphat Marinho, restaram, em sua redação aprovada pelo Senado Federal, inconstitucionalidades, na parte referente ao Direito de Família.

Retornou à Câmara dos Deputados, onde foi nomeada Comissão Especial, tendo o Deputado Ricardo Fiuza como relator geral, para apreciar as emendas feitas no Senado.

De acordo com o processo legislativo, já que o Projeto de Código Civil estava aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional, competiria, nessa fase, à Câmara dos Deputados, na qual se iniciou a tramitação, a votação para o exame da admissibilidade e do mérito da proposição inicial e das emendas aprovadas pelo Senado Federal. Também caberia a apresentação de emenda substitutiva formal, com vistas ao aperfeiçoamento da técnica legislativa, na conformidade do Regimento Interno da

4. Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 730, p. 11-49, ago. 1996 e n. 731, p. 11-47, set. 1996.

Câmara dos Deputados, então em vigor. E, ainda, seria possível realizar emendas ou subemendas de redação, para sanar vício de linguagem ou lapso manifesto. Existente, também na conformidade daquele regimento, o instituto da prejudicialidade, de modo a ser declarada prejudicada a matéria pendente de deliberação, por haver perdido a oportunidade.

O Deputado Antonio Carlos Biscaia, relator parcial da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, realizou, então, profícuo trabalho, quanto ao Livro do Direito de Família, em que se utilizou dos expedientes regimentais, principalmente no que concerne à sua adequação à Constituição da República de 1988.

Conforme apontado em seu parecer, a simples aprovação ou rejeição das emendas realizadas pelo Senado Federal, por parte da Câmara dos Deputados, importaria em grave omissão dessa Casa do Congresso Nacional, sendo indispensável a utilização dos citados instrumentos regimentais, especialmente para sanar evidentes inconstitucionalidades, tendo em vista que a atual Constituição da República, de 1988, consagrou princípios que inexistiam na Lei Maior vigente à época da elaboração do Projeto de Código Civil.

Nessa fase do Projeto de Código Civil, elaborei outras sugestões referentes ao Direito de Família, apontando os conflitos ainda existentes com os princípios constitucionais e também a valia de algumas normas legais que entraram em vigor durante a tramitação do processo legislativo. Esse trabalho foi enviado pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família – à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei n. 634, de 1975.

Foi, então, aprovada relevante alteração no Regimento Comum do Congresso Nacional, por meio da Resolução n. 1, de 2000, pela qual foi possibilitada a adequação do Projeto de Código Civil às alterações constitucionais e legais promulgadas no curso de sua tramitação.

Essa alteração inserida no Regimento Comum do Congresso Nacional foi de suma importância, eis que possibilitou a adequação do Projeto de Código

Civil às alterações legais, e não só constitucionais, que estão em vigor desde sua apresentação.

Como afirmou o Deputado Ricardo Fiuza, em seu parecer final às emendas do Senado Federal, o texto do Projeto de Código Civil continha, ainda, além de inconstitucionalidades, dispositivos superados pela legislação que entrou em vigor durante sua longa tramitação, sendo que a rigidez regimental anterior dificultava a sua atualização.

Observei em artigo anterior⁵ que chegara a oportunidade da qual deveria utilizar-se o Poder Legislativo para atualizar o Projeto de Código Civil, na matéria do Direito de Família.

Foram realizadas pelo relator geral do Projeto na Câmara dos Deputados – Deputado Ricardo Fiuza – importantes alterações no Projeto de Código Civil, com a finalidade de adequá-lo aos princípios constitucionais e às normas da legislação ordinária aprovadas no curso de sua tramitação, especialmente no que se refere ao Direito de Família. Foi acolhida grande parte das sugestões antes mencionadas, que enviei, por meio do IBDFAM, à Comissão Especial dessa Casa do Congresso Nacional.

Consoante estabelece a referida Resolução n. 1/2000, o Relatório do Deputado Ricardo Fiuza, contendo aquelas adequações, foi encaminhado ao Senado Federal, onde foi submetido à respectiva Comissão de Constituição e Justiça, que ofereceu parecer votado e aprovado pelo Plenário do Senado.

Os pareceres conclusivos da Câmara dos Deputados foram votados e aprovados pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em 29.11.2000.

A Câmara dos Deputados, em votação realizada em 15.8.2001, apro-

5. *Revista Qualimetria*, v. 12, n. 103, p. 22-28, mar. 2000.

vou o Projeto de Código Civil, cujo texto atual, no que se refere ao Direito de Família, será a seguir analisado.

3 O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL EM SUA FASE ATUAL. ADEQUAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Nas Disposições Gerais sobre casamento, foram eliminadas todas as referências à legitimidade da família oriunda de casamento civil, em respeito à Constituição da República de 1988.

Enquanto a Constituição anterior previa, em seu artigo 175, que “A família é constituída pelo casamento”, a atual Lei Maior estatui, no *caput* do artigo 226, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e o mesmo artigo, em seus parágrafos 1º e 2º, trata do casamento civil e religioso, reconhecendo, no parágrafo 3º, a união estável como entidade familiar para efeito de tutela do Estado, e considerando, também como tal, a família monoparental, em seu parágrafo 4º.

Dessa forma, tanto a união estável como a família monoparental perderam o caráter da ilegitimidade, em face do que a criação da família deve ser havida como efeito do casamento, sem qualquer qualificação.

Além disso, o artigo 227, parágrafo 6º, da atual Constituição da República, veda as designações discriminatórias no âmbito da filiação, atribuindo iguais direitos e qualificações aos filhos oriundos ou não da relação matrimonial.

Não pode mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima. A família tanto pode ser constituída pelo casamento, como pela união estável, como, ainda, por um dos genitores e sua prole.

Assim, ao invés de estabelecer, como ocorria na redação anterior, aprovada em 1984, que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima”, o Projeto, em

sua redação atual, suprimiu a parte final do dispositivo, dispondo que “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges.*”

Para o casamento, é necessário o preenchimento de requisitos, dentre os quais está a idade núbil, que no Projeto, em sua redação anterior, continha desigualdade entre os sexos, sendo, então, de dezesseis anos para a mulher e de dezoito anos para o homem.

Insisti, em sugestões feitas à Câmara dos Deputados, que deveria ser estabelecido o mesmo limite de idade para o casamento de homens e mulheres, em face da igualdade entre os sexos, imposta pelo artigo 5º, inciso I da Constituição da República.

O texto atual do Projeto de Código Civil foi devidamente adequado à Constituição Federal, estabelecendo que: “*O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.*”

Apontei a necessidade de modificação do dispositivo que previa o casamento de quem não alcançou a idade núbil, o qual utilizava a expressão “menor incapaz”, cujo significado trazia dúvida sobre essa idade, se dezesseis ou dezoito anos.

O texto atual contém a seguinte regra: “*Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da mulher.*”

Verifica-se, ainda, que foi substituída a inadequada referência à honra da mulher, como causa do suprimento judicial de idade, pela hipótese de gravidez da mulher, em atendimento ao princípio constitucional de proteção à família.

É adequado possibilitar não só à mulher, mas também ao homem, a adoção do sobrenome do outro nubente, pelo casamento, como consta do Projeto de Código Civil, em consonância com o princípio constitucional da absoluta igualdade entre os sexos. Sugeri, em substituição ao termo “patronímico”, a utilização da expressão sobrenome, de conhecimento popular, em consonância com os almejos da legislação mais moderna, que tem em vista a utilização de linguagem acessível a todos e não só aos operadores do Direito.

O texto atual estabelece a seguinte regra: “*Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar aos seus o sobrenome do outro.*”

A possibilidade de modificação do regime de bens após o casamento foi objeto de nossas sugestões anteriores ao Senado Federal.⁶

O princípio da irrevogabilidade do regime de bens não pode ser absoluto. Assim como os nubentes podem estabelecer o regime de bens que lhes aprouver antes do casamento, deve-se-lhes possibilitar a alteração do regime patrimonial durante o casamento, com a fiscalização do Poder Judiciário e a preservação dos interesses de terceiros.

Essa sugestão já havia sido acolhida pelo Senado, anteriormente, sendo que constava falha redacional, apontada nas outras sugestões que fiz à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, com a previsão da irrevogabilidade do regime de bens, corrigida pelo texto atual, nos seguintes termos: “*O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento*”, sendo “*admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.*”

No que se refere à administração dos bens comuns do casal, alertei para a necessidade de melhores reflexões.

Há atos que podem ser praticados unilateralmente pelos cônjuges, sem a

6. Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 731, p. 17-18, set. 1996.

necessidade de prática conjunta, como a alienação de bens móveis, os atos de mera administração de bens do casal, a celebração de contrato de locação etc.

Obrigar o casal a praticar todos os atos de direção da sociedade conjugal em conjunto, como sugeria o parecer do relator parcial, engessaria as atividades mais comuns das pessoas casadas.

Não se pode pretender que os cônjuges devam praticar conjuntamente todos os atos de administração dos bens comuns. Se a prática conjunta viesse a ser exigida, até mesmo a venda de um carro e a mera transferência de numerário de uma conta bancária para outra exigiriam a outorga conjugal.

O texto atual do Projeto de Código Civil contém regra adequada a essas reflexões: “*A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos*”, que já era o texto aprovado anteriormente pelo Senado Federal.

Discordei da eliminação, proposta anteriormente pelo Senado e pelo parecer do relator parcial na Câmara, de dispositivo, que constava da proposição original da Câmara dos Deputados, sobre a administração dos bens comuns, segundo o qual “*Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, desde que as questões sejam essenciais e não se trate de matéria personalíssima.*”

A inexistência desse dispositivo poderia conduzir à idéia do não-cabimento da intervenção do Poder Judiciário para solucionar contenda sobre a administração de bens, embora vigore o princípio geral de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O texto atual retomou a proposição original, nos seguintes termos: “*Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.*”

Lembrei, nas sugestões endereçadas à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que consta do Projeto regra pela qual “*É defeso a qualquer*

pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida constituída pelo matrimônio”. Então, se suprimido o dispositivo antes referido, poderia surgir a interpretação de que ao Poder Judiciário estaria vedada a intervenção para solucionar conflitos na esfera da direção da sociedade conjugal.

O Projeto de Código Civil, em sua redação anterior, previa a medida cautelar de separação de corpos como medida obrigatória antes da propositura das ações de nulidade do casamento, de anulação ou de separação judicial.

Acentuei que tal medida deveria ser facultada aos cônjuges e não ser-lhes imposta, conforme doutrina e jurisprudência pacífica de nossos tribunais, em face da desnecessidade, em inúmeros casos, da cautela de separação de corpos.

O texto do Projeto de Código Civil, em sua redação atual, dispõe que *“Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.”*

Em sua redação original, o Projeto de Código Civil, na separação judicial com fundamento no descumprimento de dever conjugal, ao mesmo tempo em que continha a norma do artigo 5º, *caput*, da Lei do Divórcio (“Qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro cônjuge ato ou conduta que importe em violação grave dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”), voltava ao antigo sistema do Código Civil, das causas taxativas, ao estabelecer que “Considerar-se-á impossível a comunhão de vida se ocorrer algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa”.

Já alertava, em trabalho publicado em 1990, sobre as falhas desse sistema híbrido: uma norma genérica e uma regra limitativa, a gerar dúvi-

das de interpretação, além de constituir um retrocesso ao antigo e revogado sistema do Código Civil e implicar a perda da evolução alcançada, na matéria, pela Lei do Divórcio, sob a inspiração do Código Civil francês⁷. Nas Sugestões ao Projeto de Código Civil, antes referidas, foi renovado esse alerta⁸. E também reiterei esse posicionamento.⁹

O sistema das causas genéricas é o melhor, eis que o juiz, diante do fato ou causa concreta da separação, enquadra-o na causa legal.

No sistema das causas taxativas, o julgador fica atado ao que está determinado em lei, a causa concreta da separação judicial será obrigatoriamente uma daquelas elencadas na disposição legal.

Então, o Senado acrescentou regra pela qual “O juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

E o texto atual do Projeto de Código Civil, tendo em vista a eliminação de interpretações que possam considerar taxativo aquele elenco de causas, substituiu a expressão “Considerar-se-á impossível a comunhão de vida...” nos seguintes termos: “*Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida(...)*”.

Observo que minha sugestão legislativa original era de possibilitar a separação judicial com base na impossibilidade de manutenção da comunhão de vidas, independentemente de grave violação de dever conjugal ou de separação de fato, embora devesse ser sempre facultado ao cônjuge o pedido de declaração da responsabilidade do consorte, pelo descumprimento de dever matrimonial, inclusive pela via reconventional, com vistas às conseqüências que daí derivam, incluindo a possibilidade do pedido de reparação de danos morais e materiais decorrentes do ato ilícito praticado¹⁰.

7. Regina Beatriz Tavares da Silva, *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 100-101.

8. Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 730, p. 34, ago. 1996.

9. *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 97.

Na separação judicial fundada em separação de fato prolongada, o texto atual do Projeto corrigiu o lapso temporal, que na redação anterior do Senado era de dois anos, estabelecendo, em adequação à Lei n. 6.515/77, o prazo de um ano.

Discordei da proposta anterior, constante do parecer do relator parcial na Câmara dos Deputados, que sugeria a supressão de outra causa da separação judicial, pela qual “O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

A idéia de que esse dispositivo teria perdido a razão de existir, em face do divórcio direto, baseada em comentário do festejado anotador Theotônio Negrão, não levava em conta as conseqüências daquela *separação remédio*, que devem ser diferenciadas dos efeitos do divórcio direto¹¹.

Enquanto o cônjuge mentalmente doente merece proteção especial, inclusive de benefícios de cunho patrimonial na partilha de bens, como a seguir é visto, as partes na ação de divórcio direto, que é fundamentada na pura e simples separação de fato prolongada, devem ser tratadas sem qualquer proteção especial ao requerente ou ao requerido.

No entanto, em razão do prazo estabelecido constitucionalmente para a dissolução do vínculo conjugal, considere possível a apresentação de emenda para diminuir o prazo de duração da doença, de 5 (cinco) para 2 (dois) anos, sugestão essa que foi acolhida no texto atual, nos seguintes termos: “*O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma*

10. Vide *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, cit., p. 225; Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, cit., p. 32 e 33; e *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 159-175.

11. *Código Civil e legislação civil em vigor*, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 740, nota 6 ao artigo 5º.

*duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”*¹²

Outra importante alteração constante do texto atual do Projeto de Código Civil foi a correção de lapso manifesto, que apontei no dispositivo sobre a reversão de bens levados ao casamento e remanescentes, que, no texto anterior, aplicava-se, indiscriminadamente, ao cônjuge enfermo e ao cônjuge que pleiteia a separação judicial com fundamento na separação de fato prolongada.¹³

Observei as notórias diferenças entre essas duas causas de separação judicial: grave doença mental do cônjuge e simples separação de fato prolongada, que devem ter, por conseguinte, conseqüências diversas. Aquela inadequada conseqüência de modificação do regime de bens, em benefício do cônjuge demandado, e com prejuízo ao cônjuge autor da ação de separação judicial “ruptura”, precisava ser eliminada.

O texto atual estabelece aquela alteração do regime de bens somente em benefício do cônjuge enfermo.

Outro lapso evidente eliminado no texto atual, que constava da redação anterior, era a manutenção de dispositivo pelo qual a separação judicial pode ser negada se constituir causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do cônjuge ou determinar conseqüências morais, mesmo que haja graves danos aos filhos menores, chamada de “cláusula de dureza”.

Quando a desunião se instala, pela separação de fato ou pela doença mental de um dos cônjuges, não pode haver mal maior à prole do que a manutenção forçada do casamento de seus pais.

Se a separação de fato ou enfermidade mental desfaz a comunhão física e espiritual entre os cônjuges, é precisamente em face do desequilíbrio que passa a existir no conjunto familiar que deve haver a possibilidade do desfazimento desse casamento, resguardando-se o doente mental, conforme

12. Vide nosso *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, cit., p. 225.

13. *Ibidem*, p. 212-217 e *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 120-122.

antes salientado.¹⁴

Como já dizia em trabalho anterior, os prejuízos acarretados ao cônjuge, desde que oriundos do descumprimento de dever conjugal, em face da ilicitude desse ato, são reparáveis, mas por outra forma, que não a da manutenção forçada do casamento.¹⁵

O nome é direito da personalidade que, na expressão do saudoso Professor Carlos Alberto Bittar, opera a “ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral”, identificando a pessoa em suas relações profissionais e sociais.¹⁶

Sua aquisição dá-se pelo nascimento, com o respectivo registro, podendo ser modificado, com o casamento, por meio da aquisição do sobre-nome marital, na conformidade da legislação em vigor e do Projeto de Código Civil.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, tutela os direitos da personalidade, estabelecendo sua inviolabilidade.

Pois bem, após a aquisição do sobrenome do cônjuge, sua perda, determinada na redação anterior do Projeto, em caso de ser a mulher vencida na ação de separação judicial ou de ser dela a iniciativa da ação de separação judicial baseada na separação de fato, feria o referido direito da personalidade e, por essa razão, o dispositivo era inconstitucional, como apontei nas sugestões encaminhadas à Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

O texto atual corrigiu aquela inconstitucionalidade, estabelecendo que “*O cônjuge vencido na ação de separação judicial perde o direito de usar o nome do outro, desde que expressamente requerido pelo vencedor e se a alteração não acarretar I - evidente prejuízo para sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da*

14. Cf. nosso Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, cit., p. 33.

15. Regina Beatriz Tavares da Silva, *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit.

16. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, 3. ed., rev. por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º - O cônjuge vencedor na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do outro. § 2º - Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.”

Quanto ao divórcio, direto ou por conversão, o texto atual contém o seguinte dispositivo: “*Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado, salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.*”

O Projeto de Código Civil, na redação anterior, mantinha o antiquado regime da perda da guarda pela culpa na separação e a prevalência feminina na fixação da guarda dos filhos, diante de culpas recíprocas dos cônjuges na separação judicial.

A culpa na separação judicial não deve ser razão determinante da perda da guarda, que deve ser estabelecida sob o princípio da prevalência dos interesses dos menores, que podem não ser preservados pelo cônjuge inocente.

Na hipótese de culpas recíprocas, a outorga da guarda à mãe aplicava-se e adequava-se ao direito do início do nosso século, e não aos tempos de hoje.

Essa regra fundava-se em costumes ultrapassados, pelos quais a mulher, que via de regra era senhora do lar e não exercia profissão, dedicava-se, com exclusividade, aos filhos e ao lar, razão pela qual era tida como a melhor indicada para deles cuidar.

Atualmente, grande parte das mulheres trabalha fora do lar, alteraram-se os costumes, ambos os cônjuges exercem profissão e dividem as tarefas e os cuidados para com os filhos, de modo que devem ser tidos, a princípio, em iguais condições de guardá-los, cabendo ao juiz, no caso concreto, avaliar qual deles está mais habilitado ao exercício da guarda, sem qualquer prevalência feminina.¹⁷

Em suma, as normas anteriores não ofereciam proteção aos filhos, razão pela qual eram inconstitucionais, violando o artigo 227 da Constituição da República, que impõe à família, à sociedade e ao Estado a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Além disso, pai e mãe devem ser tratados pela lei em absoluta igualdade de condições, sob pena de grave violação à Constituição da República, que estabelece a isonomia entre homens e mulheres (art. 5º, inc. I) e entre cônjuges (art. 226, § 5º).

Insisti na necessidade de nova redação ao dispositivo, que foi acolhida no texto atual: *“Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”*

O texto atual também eliminou o dispositivo que atribuía à mãe a prevalência na guarda, no caso de culpas recíprocas.

E, ainda, o texto atual dispõe que *“verificando que não devem os filhos permanecer em poder do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”*.

Agravava-se aquela prevalência feminina no Projeto, em sua redação anterior, ao dispor que *“Se houver sido homologada somente a separação de corpos, o juiz, atendendo às circunstâncias relevantes da vida dos cônjuges e de suas famílias, deferirá a guarda dos filhos preferencialmente à mãe”*.

Então, presumia o Projeto que a mulher é a pessoa mais adequada, sempre, ao exercício da guarda dos filhos, devendo o juiz fixá-la em seu favor, na homologação de separação de corpos.

E se a mãe não for a pessoa mais adequada ao exercício da guarda dos

17. Cf. nosso Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, cit., p. 38.

filhos? Mesmo assim, os filhos ficarão sujeitos à guarda materna, enquanto perdurar o procedimento judicial de separação? Por quanto tempo? Certamente muito tempo, em prejuízo dos próprios filhos – crianças e adolescentes.

O filho deve ficar sob a guarda do genitor que melhor proteger seu bem estar – seja mãe ou pai.

Por essa razões, sugeri a supressão desse dispositivo, em face de sua inconstitucionalidade.

O texto atual do Projeto corrigiu aquela inconstitucionalidade, estabelecendo que “*Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplicam-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente*”, ou seja, aplica-se o princípio da prevalência dos interesses e bem-estar do filho.

Em razão da demora inerente à tramitação das ações de separação judicial com pedido unilateral, é previsto na legislação atual (Lei n. 6.515/77, art. 25) que o prazo de um ano, para sua conversão em divórcio, pode ser contado da medida cautelar correspondente.

O dispositivo constante do Projeto de Código Civil, em sua redação anterior, incidia em lapso evidente, que foi apontado nas sugestões enviadas à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, ao eliminar a medida cautelar como início da contagem daquele prazo.

O texto atual corrigiu aquela falha, fazendo a devida adequação à legislação promulgada durante a tramitação do Projeto de Código Civil, nos seguintes termos: “*Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.*”

Quanto ao divórcio direto, foi modificada a redação do dispositivo, que previa a conversão da separação de fato por dois anos em divórcio,

estabelecendo-se que: “*O divórcio poderá ser requerido por um ou por ambos os cônjuges, comprovada a separação de fato durante dois anos.*”

Tanto no divórcio-conversão, como no divórcio-direto, foi eliminado o requisito da prévia partilha de bens, já que não há razão para impor-se àquela primeira forma de dissolução do vínculo conjugal um maior rigor do que na segunda, lembrando-se que a Súmula n. 197 do Superior Tribunal de Justiça considera desnecessária a partilha prévia no divórcio direto.

O Projeto, em sua proposição original, por ter sido votado anteriormente à Constituição Federal de 1988, continha dispositivos que estabeleciam designações discriminatórias e desigualdades entre os filhos. Essas inconstitucionalidades foram por nós apontadas¹⁸. O Senado Federal já havia corrigido em parte essas desigualdades. No texto atual, foram realizadas relevantes adequações ao princípio da absoluta igualdade entre os filhos, constante do artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, que foram objeto das sugestões que encaminhei à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, e passam a ser analisadas.

Em busca da obtenção da verdade real nas relações de filiação, em adequação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos e ao ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente –, cujo artigo 27 prevê que o direito ao reconhecimento da filiação é direito personalíssimo, imprescritível, a ser exercido sem qualquer restrição, foi estabelecida a imprescritibilidade da ação contestatória da presumida paternidade no casamento.

Pelas mesmas razões, foram suprimidos vários dispositivos que restringiam a possibilidade de alcance da verdade real em relações de filiação, tratando-se de pessoas casadas.

18. Ver Sugestões ao Projeto de Código Civil – Direito de Família, *Revista dos Tribunais*, n. 730, ago. 1996.

Assim, foi eliminada a vedação ao reconhecimento da maternidade, quando tivesse por fim atribuir à mulher casada filho havido fora do casamento, disposta na redação anterior do Projeto de Código Civil. Diante dessa vedação, contrária aos princípios constitucionais da absoluta igualdade entre homens e mulheres e entre filhos, uma mulher solteira, que tivesse um filho e não o reconhecesse, não poderia fazê-lo se viesse a casar com pessoa que não fosse o pai de seu filho, o que é patente absurdo.

Do texto atual, também consta a supressão de artigo que previa a impossibilidade de contestação da paternidade de filho nascido cento e oitenta dias antes de estabelecida a convivência conjugal, se o marido tinha ciência, antes do casamento, da gravidez da mulher ou se assistira pessoalmente à lavratura de termo de nascimento, sem contestar a paternidade.

Também foi suprimido dispositivo que limitava a contestação da paternidade às hipóteses de impossibilidade de coabitação durante o estimado período de fecundação.

Já tendo sido suprimido o vetusto dispositivo que estabelecia como efeito jurídico do casamento a criação da família legítima e a legitimação dos filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos, na votação anterior do Senado Federal, esse artigo fora substituído por outro, nos seguintes termos: “O casamento importa o reconhecimento dos filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. Na redação atual, o Projeto de Código Civil suprimiu esse dispositivo.

O reconhecimento de filhos, que já não deveria ser presumido pela lei, em razão do casamento, é incabível se o casamento dos pais é posterior à sua concepção ou ao seu nascimento.

Quanto à adoção, o Projeto elimina a obrigatoriedade do estágio de convivência, cuja estipulação passa ao arbítrio do juiz, independentemente da idade do menor, o que é uma medida adequada, já que esse estágio,

especialmente em adoções internacionais, nas quais é feito em hotéis ou outros locais que nada asseguram em termos de experiência familiar, não deve ser imposto por lei. Cabe à autoridade judiciária decidir, a depender das circunstâncias do caso, sobre a conveniência ao menor do mencionado estágio de convivência com os pretendentes da adoção.

No entanto, ainda sobre adoção, consta do Projeto de Código Civil a seguinte disposição: “As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste”, o qual acarreta a ausência de vínculo entre o adotado e os ascendentes e descendentes do adotante e entre o adotado e outros parentes do adotante na linha colateral. Essa disposição está em desacordo com o princípio constitucional da plena igualdade entre filhos, inclusive adotivos, e deve ser modificada.

A união estável, como forma de constituição de família, reconhecida pela Lei Maior, em seu artigo 226, parágrafo 3º, deixou de ser regulamentada pela legislação ordinária por longos anos, recebendo somente a proteção das duas outras formas de expressão do Direito: doutrina e jurisprudência.

Após a Constituição da República, duas leis (Leis ns. 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.5.1996) passaram a versar sobre a união estável, com defeitos graves e contradições.

A matéria da união estável, que não era tratada na redação original do Projeto de Código Civil, recebeu emenda senatorial, pela qual era estabelecido o prazo de cinco anos para sua existência, reduzido a três anos, diante de filho comum.

Conforme sugestões anteriores, as uniões estáveis formam-se e desenvolvem-se de maneira natural e espontânea, de modo que o estabelecimento de prazo para que gere efeitos jurídicos merece uma certa análise.

O texto atual do Projeto de Código Civil retirou o requisito temporal, com a seguinte redação: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública,*

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

O Projeto de Código Civil estabelece como efeitos da união estável, de ordem pessoal, os deveres recíprocos de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos e, de caráter patrimonial, o regime da comunhão parcial de bens, salvo convenção válida em contrário.

Relações estáveis, com a formação de família e patrimônio comum, podem ocorrer antes do decurso do prazo de cinco anos, que era estabelecido anteriormente no Projeto. No entanto, não podem ser olvidadas as dificuldades de apuração da existência de união estável diante da falta de prazo pré-estabelecido em lei, de modo que a melhor solução seria a previsão de um prazo de duração, possibilitando-se a produção de efeitos jurídicos antes de seu vencimento, para o fim de evitar-se o locupletamento ilícito daquele que fica com o patrimônio constituído pelo esforço comum em seu nome e desfaz a relação às vésperas do decurso do tempo previsto para a sua constituição.

Pelas regras do Projeto, na redação da referida emenda senatorial, somente haveria união estável diante da inexistência de impedimento matrimonial. Isso significa que as pessoas separadas judicialmente não poderiam constituir união estável.

União estável não pode existir se os conviventes forem casados, eis que haverá, nesse caso, a prática de adultério. Mas, com a separação judicial, deixa de existir a sociedade conjugal, extingue-se o dever de fidelidade, não havendo razão para vedar a produção de efeitos à união estável de pessoas separadas judicialmente, como observei nas sugestões encaminhadas à Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

O texto atual do Projeto passou a possibilitar a existência de união estável às pessoas com estado civil de separadas judicialmente.

Segundo o texto atual, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos matrimoniais, mas abre uma exceção no caso de a pessoa casada estar separada de fato.

Essa disposição do texto atual não se coaduna com o princípio constitucional de proteção à família, já que a convivência de uma pessoa casada com terceira pessoa, que apenas deixe de coabitar com o cônjuge e não regularize seu estado civil, não deve gerar efeitos de união estável, sob pena de haver grave turbacão familiar e patrimonial, sem que se possa concluir qual é a relação que deve gerar efeitos e delimitar qual é o patrimônio pertencente ao cônjuge ou ao convivente.

A título de exemplo, imagine-se a seguinte hipótese: uma pessoa casada, no regime da comunhão parcial de bens, que deixe de coabitar com o cônjuge e no dia seguinte passe a conviver com terceira pessoa, realizando a compra de um bem logo após a separação de fato. A quem se comunicaria esse bem? Ao cônjuge ou ao convivente?

Recorde-se que a redação original do Projeto, não alterada na fase atual, prevê a vigência do regime de bens no casamento até a separação judicial. E seja também lembrado que na situação acima apresentada, desde que provada a participação do companheiro na aquisição de bens, em razão da vedação ao enriquecimento ilícito, sempre estarão resguardados os seus direitos, com base nos princípios da sociedade de fato.

Tenha-se ainda em vista que a construção jurisprudencial sobre a produção de efeitos nas relações afetivas de pessoas separadas de fato em seus casamentos deveu-se, especialmente, às limitações à dissolução da sociedade conjugal que existiam na legislação anterior à Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), segundo as quais havia somente o desquite consensual e o desquite litigioso com fundamento numa das causas taxativas que eram previstas no diploma civil (arts. 315 a 317). Com a Lei do Divórcio, surgiram outras espécies de dissolução da sociedade conjugal, com o alargamento das causas legais da ruptura do casamento, como a separação judicial ruptura, fundada na separação de fato prolongada por um ano (art. 5º,

§ 1º), e o divórcio direto, baseado na separação de fato prolongada por dois anos (art. 40).

Desse modo, não há mais razão para que o cônjuge não regularize seu estado civil. Não há mais motivo que justifique a geração de efeitos jurídicos em união concorrente com um casamento.

A manutenção de uma relação estável na vigência de um casamento tem o mesmo significado da bigamia, em que concorrem dois casamentos civis, o que é ilícito civil, a acarretar a nulidade do segundo casamento, como também dispõe o Projeto de Código Civil, e ilícito penal, como tipifica o Código Penal, no artigo 235.

Não há, portanto, sentido em atribuir efeitos à união estável que concorre com o casamento civil e punir com a nulidade o casamento que concorre com outro casamento civil.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DE FAMÍLIA E O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL NA FASE ATUAL

Nossa Constituição elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III).

Todos os princípios constitucionais referentes à família, antes analisados, têm vista à preservação da dignidade de seus membros.

Embora as relações familiares tenham conteúdo principalmente afetivo, sua preservação e a preservação de seus membros pelo Direito é indispensável e decorre do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, devendo ter como base a isonomia entre os cônjuges, a igualdade entre os conviventes, a paridade entre os filhos e a proteção de todas as uniões familiares, oriundas ou não de casamento, que hoje têm a garantia constitucional.

Na família, a dignidade da pessoa humana, em todo o alcance dessa expressão, deve ser assegurada tanto no curso das relações familiares como

diante de seu rompimento, cabendo ao Direito oferecer instrumentos para impedir a violação desse valor maior.

Dentre esses instrumentos, destaca-se a aplicação dos princípios da responsabilidade civil às relações de família, que se fundamenta na regra geral sobre atos ilícitos, disposta na Parte Geral do Projeto de Código Civil da seguinte forma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, completada pela seguinte norma: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.”

Na conformidade da exposição feita pelo Deputado Ricardo Fiuza – nobre relator geral da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, nomeada para proferir parecer sobre as emendas do Senado Federal ao Projeto de Código Civil – o Livro de Direito de Família recebeu especial atenção, da qual resultou a formulação de artigos que preservam a dignidade dos membros de uma família.

Devem ser lembradas as palavras do Professor Miguel Reale, em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, de 1º.9.2001, em que afirmou: “É absurdo proclamar a inatualidade do Projeto de Código Civil somente pela demora em sua aprovação final”. Como bem salientou esse professor, no mencionado artigo, os argumentos contrários à promulgação de um novo Código Civil – ausência de regulamentação de realizações científicas, início da tramitação do Projeto e aproveitamento do Código Civil de 1916 – não têm respaldo, pelas seguintes razões: a uma, porque as novidades científicas, como aquelas oriundas de novas ferramentas tecnológicas (*internet*) e da fecundação artificial, em face de sua complexidade, invadem outras searas jurídicas, e até mesmo outras ciências, como a tecnologia e a medicina, merecendo normatização específica em leis especiais; a duas, porque, durante a tramitação do atual Projeto, foram realizadas atualizações, especialmente no Livro que mais merecia ser revisto, em face dos princípios constitucionais que entraram em vigor em 1988, aquele do Direito de Família; e a três, porque simplesmente atualizar o Di-

ploma Civil de 1916 não seria o melhor caminho, já que, por tratar-se de ordenamento sistemático, a mudança de um artigo repercute sobre outros dispositivos, sendo indispensável um novo Código Civil.

Anote-se que a defesa da idéia de elaboração de um novo Projeto de Código Civil não atentava para o prazo de sua tramitação, que não teria curta duração, em razão da importância e abrangência do Direito Civil. Nessa hipótese, este relevante ramo do Direito estaria sujeito à regulamentação atual, repleta de graves dificuldades de interpretação, já que, evidentemente, o Código Civil de 1916 não está adaptado aos novos valores e princípios constitucionais.

Em suma, o Projeto de Código Civil, no que se refere ao Direito de Família, corrige várias falhas da legislação vigente, com adequação aos princípios constitucionais, sem adentrar em temas que dependem de legislação específica, como a fecundação artificial, e até mesmo de emenda constitucional, como as uniões homoafetivas, e, com a cautela devida, não agasalha teses de duvidosa aplicação, até mesmo no Direito estrangeiro, como a eliminação da culpa nas rupturas matrimoniais.

Por fim, observe-se que certos e indispensáveis ajustes no Projeto de Código Civil poderão ser realizados na fase de vacância desse diploma legal, como deverá ocorrer na matéria da união estável.

CONDOMÍNIO FECHADO – ASPECTOS LEGAIS

André Brawerman*

Sumário: 1 Apresentação; 2 Introdução; 3 Regime jurídico; 3.1 Lei n. 6.766/79; 3.2 Lei n. 4.591/64; 3.3 Comparações entre as Leis ns. 4.591/64 e 6.766/79; 4 Primeiro problema; 4.1 Terminologia equivocada; 4.2 Quadro sinótico; 4.3 A solução da doutrina e jurisprudência; 5 Segundo problema; 6 Conclusões; 7 Bibliografia.

* Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Assistente da mesma Faculdade.

1 APRESENTAÇÃO

Você já viu um rato de dois metros de altura? Tem aparência de um rato, nariz de rato, orelha de rato, rabo de rato, pata de rato... Mas não é rato.

Você conhece um condomínio fechado? Área grande, cercado, com o acesso limitado, com ruas particulares, praças particulares, convenção de condomínio, síndico, eleição... Parece condomínio. Tem jeito de condomínio... Mas não é condomínio.

Um fenômeno jurídico pode ter a aparência de um determinado instituto jurídico, com a aplicação de um regime jurídico próprio, mas na realidade tratar-se de outro, completamente diferente.

É o que ocorre com o loteamento fechado. Tem aparência de condomínio, mas não pode ter o mesmo tratamento jurídico.

Como explicar essa distorção entre a realidade e a hipótese normativa?

Não podemos negar a falta de credibilidade dos serviços públicos perante a população. Nas áreas de grande concentração urbana, é comum problemas de segurança, atraso na coleta de lixo, iluminação deficiente, ruas esburacadas, dentre outros inúmeros percalços da vida moderna. As razões vão desde a má administração, com a falta de continuidade das obras públicas pelos governos que se sucedem, até a conhecida desculpa da falta de verba pública.

O certo é que a experiência mostra a qualidade de vida excelente nas comunidades organizadas e geridas pela administração privada.

Essas organizações privadas assumem parcela da responsabilidade do Estado de prestar os serviços públicos aos cidadãos. São auto-suficientes, não necessitam dos préstimos da Administração Pública para a conservação dos equipamentos urbanos e tampouco da prestação de seus serviços. Em alguns loteamentos fechados, até o meio de transporte aos centros urbanos é garantido pela “taxa condominial” que é exigida.

Como se observa, essa espécie de sociedade retira do Município um pesado fardo de pagar as despesas de segurança, conservação das vias públicas, etc.

Apresenta-se, no nosso entender, como uma parceira da Administração Municipal, auxiliando na gestão da área loteada.

Neste trabalho, procuramos apresentar uma solução equânime ao problema da adequação jurídica do loteamento fechado.

2 INTRODUÇÃO

Vejamos agora um quadro que demonstra como o loteamento fechado é abordado na doutrina e na jurisprudência.

Para isso, invocamos o conhecimento de renomados juristas e, também, do que há de mais recente na jurisprudência pátria, a respeito do assunto.

Dividimos o trabalho de forma a melhor proporcionar a compreensão do leitor.

Tratamos separadamente da Lei n. 6.766/79 (parcelamento do solo urbano) e da Lei n. 4.591/64 (condomínio e incorporação), a fim de definirmos qual delas se aplica ao loteamento fechado.

Visando dar maior praticidade ao tema, formulamos questões que resumem o problema a ser tratado.

O primeiro problema se resume em saber se o empreendedor, que divide uma gleba em lotes para comercializá-la, está implantando um condomínio ou um loteamento fechado.

O segundo problema é definir qual o tratamento a ser dado às vias de circulação, praças, logradouros, que acabam se tornando, no loteamento fechado, particulares.

Nesse aspecto, procuramos inovar ao interpretar, quiçá pela primeira vez, a Lei n. 8.666/93, frente à celeuma do loteamento fechado.

3 REGIME JURÍDICO

3.1 Lei n. 6.766/79

A Lei n. 6.766, de 19.12.1979, dispõe a respeito do parcelamento do solo urbano.¹

A origem para a edição dessa lei foi o surgimento crescente, na década de 70, dos conhecidos loteamentos clandestinos.

Inescrupulosos especuladores ganharam muito dinheiro com a venda de lotes, em verdadeiro descompasso com a realidade urbanística da cidade, com padrões arquitetônicos medievais. Naturalmente que, após a urbanização descontrolada, os problemas decorrentes foram (e continuam sendo) custeados pela Administração Pública, como, por exemplo, a intensa densidade populacional, ruas estreitas, canaletas de esgoto fora dos padrões de qualidade exigido (quando existentes), falta de planejamento no sistema viário, falta de água, iluminação irregular, dentre outros inúmeros transtornos que a criatividade do especulador pôde engendrar.

Nesse contexto, foi editada a Lei do Parcelamento do Solo, que é uma síntese de obrigações impostas àqueles que pretendem parcelar o solo. Define o que é loteamento, desmembramento, gleba, e impõe uma série de requisitos para que possa ser efetuado o parcelamento do solo.

1. O fator determinante para classificar o solo em urbano ou rural é a finalidade que lhe foi atribuída. Pouco importa a sua localização - se em área urbana ou rural. A esse respeito, o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Loteamento. Imóvel rural. Promoção para formação de sítios de recreio. Submissão às exigências da Lei Federal n. 6.766, de 1979. Interpretação da expressão 'solo urbano' para fins da referida norma. Recurso provido." (*JTJ* 168/113); "Ação Penal. Justa causa. Loteamento. Condomínio em zona rural. Submissão à Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Ausência de qualquer conotação rural a não ser a localização fora da zona urbana. Recurso provido" (*JTJ* 152/286).

Dentre os requisitos legais, cabe mencionar a necessidade de área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados), com frente mínima de 5 (cinco) metros; reserva de faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado; harmonia com a topografia local; reserva de 35% da área do terreno destinado às áreas públicas; serem comunitários os equipamentos públicos, assim considerados os serviços de esgoto, abastecimento de água, coleta de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

Outros requisitos podem ser exigidos pelo Poder Público Municipal, dentro de sua competência constitucional de legislar em assuntos de interesse local (art. 30, I, CF). Frise-se que os requisitos mínimos traçados pela Lei Federal não podem ser diminuídos pela legislação municipal.

Verifica-se, pois, que foram impostas ao empreendimento de loteamento de terras pesadas e merecidas restrições legais.

Cabe destacar, para melhor visualizar a questão, a transferência de 35% (trinta e cinco por cento) da área privada para o Poder Público Municipal.

Essa transferência da propriedade imobiliária recebeu, como prelecionista Adilson Abreu Dallari, o sugestivo nome de concurso voluntário.

Previsto no artigo 22 da Lei n. 6.766/79, o concurso voluntário, na concepção do citado jurista, “consiste na perda em favor do Município de uma parte da área cujo proprietário pretende nela realizar um loteamento”.²

Colocamos em evidência a percentagem de 35%, como de transferência obrigatória para o Poder Público, porque ilustra explicitamente que o loteador deve suportar um pesado ônus. Dessa maneira, não é de se espantar que os empreendedores de negócios imobiliários indisfarçadamente procurem subterfúgios para não aplicar essa lei.

2. Adilson Abreu Dallari, Parcelamento do solo – Desmembramento – Concurso voluntário, *Caderno de Direito Municipal*, n. 98, p. 239.

Trinta e cinco por cento da área do loteamento passam ao domínio público, tornando-se bem de uso comum do povo, nos termos do artigo 66 do Código Civil.

Com estas breves noções a respeito da Lei n. 6.766/79, podemos perceber, com clareza meridiana, que se trata de uma norma, predominantemente, de ordem pública, ou seja, de aplicabilidade obrigatória.

Essa lei também inova, ao apresentar novos tipos penais ao empreendedor que envereda na ilegalidade, tornando-se um corpo normativo de maior eficácia, em razão das penas severas ali previstas.

Cite-se, como exemplo, o seu artigo 50 que prescreve pena de até 5 anos de reclusão para aqueles que venderem lotes em desacordo com os requisitos exigidos nessa lei.

Em síntese: aquele que pretender dividir uma gleba, criando lotes destinados à edificação, com abertura de ruas, logradouros públicos, ou seu prolongamento, estará sujeito ao regime jurídico previsto na Lei n. 6.766/79.

3.2 Lei n. 4.591/64

A Lei n. 4.591, de 16.12.1964, disciplina o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Essa lei é predominantemente civilista. Regula as relações internas do condomínio: a forma de convenção de condomínio, despesas, seguro, administração, utilização das áreas comuns, formação da assembléia etc.

No mesmo corpo legal, estão previstas as regras sobre as incorporações imobiliárias. Segundo o artigo 28, parágrafo único, da Lei de Condomínio, trata-se de negócio jurídico, cujo intuito é promover e realizar a construção.

O condomínio seria, em razão de sua natureza privada, a opção mais cômoda para os especuladores imobiliários. Não existe qualquer relação

entre a assembléia condominial e a Administração Pública. Não existem obrigações impostas ao síndico de prestar esclarecimentos ou qualquer informação útil ao Estado. Enfim, no condomínio, não existe um vínculo direto entre governante e governado.³

3.3 Comparações entre as Leis ns. 4.591/64 e 6.766/79

Importante destacar que difere o loteador do incorporador. O loteador divide a gleba em lotes, criando lotes edificáveis, ruas, ou alongando as já existentes. O incorporador trabalha apenas em um lote, não cria ruas ou áreas públicas. O loteador não edifica. O incorporador edifica ou, pelo menos, promete edificar.

O campo de incidência das citadas normas são diversas. A Lei n. 4.591/64 atinge um número de pessoas reduzido. A norma interessa ao núcleo que se organizou em razão do condomínio. As infrações às normas ali expressas implicam prejuízo, a grosso modo, aos próprios condôminos.

Diferente com relação à Lei n. 6.766/79. A amplitude social é muito maior. Não atinge apenas o adquirente do lote e o loteador. Atinge toda organização de uma cidade, todo o planejamento urbanístico da região. A infração às normas dispostas nessa lei implica prejuízo a toda a coletividade.

Importante não confundir as relações jurídicas que se formam em razão do loteamento. Uma coisa é a relação do loteamento com a Administração Pública e outra, bem diversa, é a relação dos adquirentes entre si.

Nada impede que os compradores se organizem, de modo a obedecer a um regimento comum, que muito se assemelhe com as disposições da Convenção de Condomínio. Podem os adquirentes dos lotes se organizar, com um estatuto básico que regule os direitos e deveres, a forma de se

3. José Afonso da Silva ensina que essa falta de relação do condomínio com a Administração Municipal demonstra a impossibilidade de se aplicar a lei que regula o condomínio aos loteamentos fechados. (*Direito urbanístico brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 316).

realizar assembleia geral, o modo de escolher um administrador (figura semelhante à do síndico), o modo de aprovação da convenção, quórum para alteração etc. Porém, isso não significa que estão sujeitos ao regime jurídico previsto na lei que regula o condomínio.⁴

4 PRIMEIRO PROBLEMA

Colocadas essas premissas legais, podemos equacionar nosso problema prático.

Um empreendedor que divide uma gleba em lotes, prepara o solo com todos os equipamentos urbanos: meio-fio, asfalto, postes de energia elétrica, tubulação de água, esgoto, parques, áreas de lazer etc. Está estabelecendo um condomínio ou um loteamento?

Antes de respondermos a essa questão, é necessário esclarecer certas definições terminológicas.

4.1 Terminologia equivocada

A sociedade acolheu com a insígnia de “condomínio fechado” a gleba subdividida em lotes, com abertura de novas vias de circulação, cercada em toda a sua extensão, de modo a manter sob controle o acesso aos lotes, destinado à edificação ou formação de sítios de recreio.⁵

Essa expressão não está correta. Vejamos a definição de condomínio e loteamento.

Temos condomínio quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo

4. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já admitiu a obrigatoriedade do adquirente de lote de obedecer à convenção de condomínio: “(...) a convenção, como ‘ato-regra’, obriga todos adquirentes dos lotes, tal como ocorre em relação ao condomínio horizontal (...)” (RT 573/81)

5. Cf. Elvino Silva Filho, Loteamento fechado e condomínio deitado, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 14, p. 12.

*e cada uma de suas partes*⁶. A característica principal do condomínio é a sua indivisibilidade.

O conceito de loteamento está descrito no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 6.766/79: “Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.”

Características do loteamento que retiramos da letra da lei é que não existe uma relação jurídica entre os adquirentes dos lotes (a não ser o de vizinhança), e que as áreas que separam os lotes são bens de uso comum do povo; o lote é destinado à edificação, mas não há obrigatoriedade na sua edificação.

Seguindo essa conceituação jurídica, podemos determinar o que é condomínio fechado e loteamento fechado.

O condomínio fechado está previsto no artigo 8º da Lei n. 4.591/64. Trata esse artigo da formação de mais de um edifício, sem a criação de ruas. Na prática, sabemos que são os conhecidos prédios separados em blocos. Nestes, temos áreas comuns, até mesmo área de circulação, mas sem a formação de ruas e afins. Cada unidade é autônoma, mas é considerada como fração ideal do terreno.⁷

O loteamento fechado é a gleba subdividida em lotes, com abertura de novas vias de circulação, cercada em toda a sua extensão, de modo a manter sob controle o acesso aos lotes, destinada à edificação ou formação

6. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, p. 148.

7. “Na modalidade de aproveitamento condominial de espaço, prevista no art. 8º da Lei 4.591/64, temos uma situação complexa configurada pela existência de unidades autônomas (casas térreas ou assobradadas ou edifícios ou ambos), uma parte de terreno edificado, uma parte de terreno reservada como de utilização exclusiva para jardins ou quintal, uma fração ideal sobre a qual se constitui o condomínio (edifício com unidades autônomas: apartamentos) e ainda as áreas que constituem passagens comuns para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si, ou os caminhos de acesso a praia, a pontes, a lugar aprazível.” (José Afonso da Silva, op. cit., p. 316)

de sítios de recreio⁸. A gleba desaparece, mas surgem várias outras propriedades, distintas umas das outras.

No campo científico, é essencial o rigor terminológico⁹. Por esse motivo, é importante deixar bastante claras as diferenças entre loteamento fechado e condomínio fechado.

4.2 Quadro Sinótico

Condomínio fechado	Loteamento fechado
Natureza jurídica privada.	Natureza jurídica pública.
Disciplinado pela Lei n. 4.591/64.	Disciplinado pela Lei n. 6.766/79.
Áreas comuns dos condôminos, já edificado (ou com promessa de edificação).	Criação de logradouros públicos e e lotes passíveis de edificação.
Proprietário de fração ideal.	Proprietário de unidade autônoma.
Indivisível.	Divisível.

4.3 A Solução da Doutrina e Jurisprudência

O ato do empreendedor de negócios imobiliários de dividir uma gleba em lotes, com a criação de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias já existentes, consiste em parcelamento do solo urbano e está sujeito à n. Lei 6.766/79. Isso significa que deve obedecer aos requisitos dessa lei, dentre eles o de transferir 35% do loteamento ao Município.

8. Cf. Elvino Silva Filho, op. cit., p. 12.

9. Existem diversas outras terminologias para definir a mesma matéria. Loteamento fechado, loteamento especial, loteamento integrado, condomínio deitado, loteamento horizontal, loteamento em condomínio. A respeito desta última denominação, como aponta Diógenes Gasparini, o "loteamento em condomínio" é uma contradição em si mesma, pois o loteamento é, por definição, divisível, e o condomínio, indivisível. (Loteamento em condomínio, *Revista de Direito Público*, n. 68, p. 316).

Caso não seja aplicada essa lei, estaremos adentrando ao campo da ilegalidade, com o desrespeito aos padrões mínimos estabelecidos na legislação federal, que acarreta problema comum aos loteamentos clandestinos, como recuos irregulares, dimensões estreitas das calçadas etc.

Diogenes Gasparini, José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau são unânimes no entendimento de que não se aplica a Lei de Condomínio aos chamados loteamentos fechados.

Eros Roberto Grau vai mais longe e entende, inclusive, que não é admissível que as áreas de passagem comum do chamado “condomínio fechado” não possam ser cercadas ou bloqueadas, de modo que se impeça o seu uso normal por qualquer pessoa, pois são parte integrante dos bens de domínio do Município (art. 22 da Lei n. 6.766/79).¹⁰

José Afonso da Silva ensina que o artigo 8º da Lei n. 4.591/64 vem sendo utilizado abusivamente para fundamentar os loteamentos fechados. Diz que esse artigo é de grande utilidade nas áreas de dimensão reduzida no interior de quadras, sem arruamento, em forma de vilas. Mas, quando atinge o parcelamento de gleba, com arruamento e posterior divisão das quadras em lotes, aí será necessário reger-se pela Lei n. 6.766/79.¹¹

A jurisprudência tratou a respeito, ao se pronunciar em ação ordinária de rescisão contratual, cumulada com perdas e danos, que transcrevemos parcialmente:

“Verifica-se, assim, que a Lei Federal n. 6.766, de 1979, aplica-se aos loteamentos de imóveis rurais para fins urbanos e loteamentos para a formação de sítios de recreio, mercê do que, evidente a irregularidade dos compromissos de compra e venda que as apeladas firmaram com os apelantes, sendo certo que a conduta das mesmas transborda dos limites da mera ilicitude civil e atinge os limites do ilícito penal, sendo evidente que os apelantes têm o direito de pleitear

10. Eros Roberto Grau, Condomínio horizontal edificado, *Revista de Direito Público*, n. 79, p. 198.

11. José Afonso da Silva, *Direito urbanístico brasileiro*, cit., p. 315.

a rescisão dos contratos, em face da ilicitude do loteamento (...).”
(*Julgados do Tribunal de Justiça*, 168/113).

No mesmo sentido, o julgado que transcrevo parcialmente:

“Crime contra a Administração Pública. Parcelamento do solo urbano. Infração à Lei n. 6.766/79. Loteamento não legalizado situado em zona rural e com finalidade urbana. Venda e reserva de lotes. Justa causa para ação penal. *Habeas corpus* denegado.

Somente a disposição constante da ‘proposta de reserva’ de lote, da possibilidade de uso e gozo das vias de acesso e internas e do clube (contendo: casa de sede, com telefone, sala de jogos, uma piscina e outras benfeitorias descritas), por si, não configura o instituto jurídico do condomínio, que possui regras próprias bem definidas. A oferta das benfeitorias úteis e voluptuárias nada mais é que um chamariz para tornar mais atrativo o loteamento e conferir maior sucesso de vendagem. Ademais, não há incompatibilidade em cumular loteamento mais condomínio e nem um exclui, necessariamente, o outro.” (RT 613/314).

5 SEGUNDO PROBLEMA

Qual o tratamento jurídico a ser dado aos equipamentos urbanos (vias de circulação, logradouros etc.) do loteamento fechado?

Partindo, então, da premissa de que, em loteamento fechado, as vias de circulação, logradouros, são de propriedade do Município, conforme determina o artigo 4º, parágrafo 1º, combinado com o artigo 22, da Lei n. 6.766/79, poderemos analisar a utilização privada dessas áreas que, segundo o artigo 66 do Código Civil, são classificadas como sendo de uso comum do povo.

O bem de uso comum do povo, segundo Hely Lopes Meirelles “é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sob os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para a sua fruição. É o

uso que o povo faz das ruas e logradouros, dos rios navegáveis, do mar, e das praias naturais.”¹²

Acrescenta o administrativista que qualquer limitação à sua fruição só pode ser feita em caráter excepcional.

Procuraremos demonstrar que as áreas de loteamento fechado se enquadram nas exceções à livre fruição do bem público, o que a doutrina denomina de uso especial do bem público.

Ainda nas lições de Hely Lopes Meirelles, uso especial do bem público é “a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela deste bem pelo beneficiário, do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio poder público.”¹³

As formas administrativas para o uso especial são: autorização de uso, permissão de uso e concessão de uso.

Interessa-nos, em especial, a concessão de direito real de uso, que é o que melhor se aplica aos loteamentos fechados.

Nunca é demais recordar que a licitação é obrigatória nas concessões públicas, conforme determina o artigo 2º da Lei n. 8.666, de 21.6.1993.

A concessão de direito real de uso foi criada pela artigo 7º do Decreto federal n. 271, de 28.2.1967, que dispõe ser o “contrato pelo qual a administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social” – grifamos.

A grande vantagem desse instrumento jurídico é que a Administração pode reverter ao seu domínio, se o concessionário não lhe der o uso prometido ou desviar sua finalidade contratual.

12. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1990, p. 435.

13. *Ibidem*, p. 436.

Na obra atualizada de Hely Lopes Meirelles, consta que “a concessão de direito real de uso, tal como ocorre na concessão de uso, depende de aprovação legal e concorrência prévia, admitindo-se a dispensa desta quando o beneficiário for outro órgão ou entidade da administração pública (Lei n. 8.666/93, art. 7º, § 3º)”.¹⁴

Não obstante, entendemos que é possível a dispensa da licitação, no caso de concessão de direito real de uso, quando a utilização do bem público pelo particular atingir um interesse social, conforme disposto no artigo 17, I, “f”, da Lei n. 8.666/93, que foi alterada pela Lei n. 8.883, de 8.6.1994.¹⁵

Neste ponto, devemos indagar: o que é interesse social?

É certo que a lei que instituiu a licitação veio prestar um serviço e não um desserviço. No caso do loteamento fechado, se aceitarmos a obrigatoriedade de licitação, estaremos inviabilizando algo que a sociedade exige e vem colocando em prática, desde a década de 80, que é o loteamento fechado.

A interpretação da expressão “interesse social” deve ser ampliada, a ponto de abarcar o loteamento fechado.

Se analisarmos criteriosamente os aspectos benéficos do loteamento fechado, chegaremos à conclusão de que atinge uma finalidade social.

As pessoas que se organizam em loteamento fechado estão dispostas a custear os serviços públicos e equipamentos urbanos que, a princípio, deveriam ser prestados pela Administração Pública.

Forçoso admitir-se que os particulares retiram um pesado fardo dos

14. *Ibidem*, p. 441.

15. “Art. 17 - A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada está nos seguintes casos: a) (...) (*omissis*...) f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim.”

ombros do Estado, pois este não terá que desembolsar verbas públicas.

Ademais, a concessão do direito real de uso de bens públicos não fere nenhum princípio administrativo, pois caso o concessionário não esteja prestando o serviço de forma satisfatória, como já foi dito, as áreas reverter-se-ão ao Estado.

Aponta-se, como sugestão, que devem constar no contrato administrativo as seguintes obrigações mínimas, em contraprestação ao direito de usufruir, com exclusividade, da área murada: responsabilidade pela manutenção dos logradouros públicos, prestação dos serviços que originalmente seriam públicos, tais como: coleta de lixo e segurança. Caso não sejam cumpridas essas obrigações, o contrato poderá ser rescindido, ocorrendo a reversão dos bens e a sua afetação.

Na prática, ocorre a transferência da prestação do serviço de natureza pública aos particulares; confirmam-se os julgados a seguir.

“Taxa. Conservação e limpeza de logradouros públicos. Condomínio fechado. Serviços custeados pelos próprios condôminos. Fato gerador inexistente. Tributo não devido” (1º TACivSP) *RT* 677/129.

“Taxa. Iluminação pública. Condomínio fechado. Pagamento das contas de luz, relativas às ruas internas, efetuado diretamente à concessionária. Prestação do serviço público inexistente. Fato gerador inócurrenente. Tributo não devido. Inteligência e aplicação da Súmula n. 24” (1ª TACivSP) *RT* 677/129.

“Condomínio Especial. Loteamento fechado. Despesas de conservação das partes comuns. Cobrança das cotas relativas ao orçamento aprovado em Assembléia Geral. Legitimidade. Possibilidade de os proprietários desses lotes assumirem a obrigação da manutenção de equipamentos urbanos que, normalmente, seriam de responsabilidade do Poder Público. Obrigatoriedade de quem usufrui das utilidades, contribuir na proporção indicada na convenção” (TARJ) *RT* 706/161.

6 CONCLUSÕES

1. Existe uma enorme confusão na terminologia adotada na matéria. O que é notoriamente conhecido como condomínio fechado é, na verdade, loteamento fechado.

2. Ao loteamento fechado, aplica-se a Lei federal n. 6.766/79, que regula o parcelamento do solo urbano.

3. Dentre os requisitos exigidos por essa Lei, ressaltamos o artigo 4º, parágrafo 1º, que determina a transferência de 35% da área do loteamento ao Município (chamado concurso voluntário).

4. A forma de transferência dessas áreas públicas, na utilização do loteamento fechado, deve ser através da concessão de uso de direito real dos imóveis públicos.

5. Segundo o artigo 17, I, “f”, da Lei n. 8.666/93, está dispensada a licitação da concessão de uso de direito real de imóveis públicos, quando a área tiver por finalidade interesse social.

6. O loteamento fechado apresenta um interesse social, na medida que atrai para si a responsabilidade originária do Estado, qual seja: a prestação de serviços públicos essenciais.

7 BIBLIOGRAFIA

DALLARI, Adilson Abreu. Parcelamento do solo – Desmembramento – Concurso voluntário. *Cadernos de Direito Municipal*, n. 98, p. 239.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, ano.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1990/1991. v. 4.

GASPARINI, Diógenes. Loteamento em condomínio. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 68, p. 316.

_____. *O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRAU, Eros Roberto. Condomínio horizontal edificado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 79, p. 199-227.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

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

SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado, *Revista de Direito Imobiliário*, n.14, p. 7.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Loteamento fechado e loteamento horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

**AS DESPESAS DAS DILIGÊNCIAS DOS OFICIAIS
DE JUSTIÇA NAS EXECUÇÕES FISCAIS DA
FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO:
A SÚMULA N. 190, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA, E A ATUAL POSIÇÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

Rui Carlos Machado Alvim*

Sumário: I. Introdução; II. Digressão histórica; III. O tema na atualidade; IV. A jurisprudência atual do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema. Bibliografia.

* Procurador do Estado de São Paulo.

I - INTRODUÇÃO

Este artigo tem por intento central mostrar, a partir de uma experiência profissional de seu autor, um dos Procuradores do Estado de São Paulo em atuação no Contencioso Fiscal, o atual e real entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo – corte recursal competente nas execuções relativas à matéria fiscal de imposição do Estado, por força dos artigos 108, III, “e”, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e 79, I, “e”, da Constituição do Estado de São Paulo – referente à questão do pagamento das despesas de condução das diligências dos oficiais de justiça, nas citações, intimações e demais atos externos por eles praticados, a requerimento da exequente, nas execuções fiscais propostas pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, já sob o império relativo da Súmula n. 190, do Superior Tribunal de Justiça.

De carona e secundariamente, aproveitando o ensejo temático, assinalar a diretriz administrativa sobre o assunto imprimida pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, diretriz por vezes afastada ou contestada por decisões de primeira instância e vez por outra confirmadas em segunda instância, e consignar, no âmbito geral das entidades públicas exequentes, a atual posição, hoje definida na Súmula n. 190, do Superior Tribunal de Justiça, órgão judiciário máximo a, em recurso especial, rever a matéria, bem como tentar o resgate histórico da legislação e da jurisprudência concernentes ao assunto.

Cuida-se da exegese do artigo 39, *caput*, da Lei n. 6.830/80 – diploma sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, coloquial e abreviadamente chamada de ‘lei das execuções fiscais’ – que, com singeleza, dispõe:

“A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento das custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de prévio depósito.”

Trata, portanto, esse dispositivo, das regras concernentes às despesas, devidas e indevidas, da Fazenda Pública, no processo de execução fiscal.

Despesas do processo – também ditas despesas processuais ou judiciais

– são todos os gastos, reembolsáveis ou não, dispendidos pelas partes para a propositura e marcha do processo, tais como as custas judiciais, os emolumentos dos serventuários, as raras multas processuais, os honorários referentes à confecção das perícias, avaliações e traduções, o pagamento das diversas diligências dos oficiais de justiça, o pagamento da condução e das diárias das testemunhas etc.

Como norma geral, insculpida no artigo 19, *caput*, do Código de Processo Civil, predomina, com a função salutar de aclimatar as partes a atuarem na demanda com responsabilidade – no desestímulo de lides temerárias e de requerimentos inúteis ou protelatórios – o princípio da antecipação do pagamento das despesas do ato processual, por quem o promove ou a quem o aproveita. Regra geral e legal, nem sempre, entretanto, é observada, pois, consoante nota Celso Agrícola Barbi – e o variegado e intrincado território forense o testemunha – “a praxe criada em cada foro é que geralmente é obedecida”, ademais que, continua ele, “alguns atos só terão o custo determinado após sua efetivação, como as diligências dos oficiais de justiça, o trabalho do perito e assistentes etc.”¹, afora casos especiais, como o do beneficiário da assistência judiciária, em que, por elementares razões, se dispensa essa exigência.

Pois bem, e retornando ao artigo 39 da Lei n. 6.830/80, dedica ele duas regras extremamente diversas sobre as despesas processuais atinentes à Fazenda Pública.

Na primeira parte, a isenta do pagamento das custas e dos emolumentos, conceitos que, embora de significação nem sempre precisa, na tradição do direito brasileiro, apresentam-se inconfundíveis. As custas são devidas ao Estado, por incidência genérica, então ditas ‘custas da causa em geral’, recolhidas quando do ingresso da ação, e por incidências específicas recolhidas quando do movimento e julgamento da causa; e os emolumentos² são atribuídos a título de remuneração pela realização de cada ato processual, aos servidores

1. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, tomo 1, artigos 1º a 55, p. 185.

dos cartórios não-oficializados, em paulatina e irreversível extinção, por determinação constitucional (Emenda Constitucional n. 7/77).

Por serem verbas resultantes de ‘uma função específica do Estado’, a prestação jurisdicional, hodiernamente, ambas estão, sem discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais, situadas, em correção técnico-jurídica, na categoria dos tributos, enfeixadas, mesmo que mantendo aquelas denominações, como uma modalidade de taxa, a taxa judiciária – retribuição pecuniária devida ao Estado em contraprestação pelos serviços públicos de natureza forense, somente instituída ou aumentada por lei, em razão do princípio constitucional da legalidade, inerente aos tributos.

Assim, essa isenção legal, quanto às custas, mostra-se perfeitamente compreensível e lógica, por suas entradas formarem parcela da renda própria do Estado, “não havendo sentido em pagar para si mesmas, já que haveria confusão (CC 1.049)”³, conforme Nelson Nery Júnior.

Quanto aos emolumentos, essa isenção legal, ainda que se possa, por serem atribuídas aos cartórios, reputá-la injusta, principalmente se atingir aqueles estipendiados unicamente com tais importes – “criticável é a isenção de emolumentos sem sequer distinguir serventuários remunerados dos não remunerados”⁴ –, essa isenção configura-se legalmente acatável, à medida que a destinação dos emolumentos não lhes altera a índole intrínseca de taxa, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal:

“Fixado assim, o caráter de ‘taxa’ das custas e emolumentos, evidente se torna que elas, embora arrecadadas pelos titulares das serventias, cartórios ou ofícios, constituem receita pública, não renda particular

2. Mais abrangente é o entendimento de José Frederico Marques: “Emolumentos, por outro lado, têm o significado de salário ou remuneração: é aquilo a que tem direito o funcionário forense ou o auxiliar do juízo, como *verbi gratia*, o perito, ou o assistente técnico.” (*A reforma do poder judiciário*, v. 1, p. 149-150)

3. Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3. ed., p. 294.

4. José Barcelos de Souza, *Teoria e prática da ação de execução fiscal e dos embargos do executado*, p. 34.

dos serventuários que as arrecadam. Isso não é desvirtuado pela circunstância de que o Estado, para não pagar vencimentos a estes funcionários públicos – que o são, como bem demonstrou Ataíde de Almeida Carneiro (...) –, permite que retenham, para si as custas e emolumentos cobrados. Tanto é assim que os cartó-rios, ofícios e demais serventias ‘oficializados’ recebem, também, custas e emolumentos, mas seus titulares, por já receberem vencimentos dos cofres públicos, não ficam sequer com parte daqueles, obrigados que estão a recolhê-los aos cofres públicos (...).”⁵

A segunda parte do artigo 39, *caput* – a do tema entelado –, preceituando que os atos processuais de interesse da Fazenda Pública independem de preparo ou prévio depósito, quer significar que está ela dispensada do recolhimento adiantado referente às demais despesas, além das custas e emolumentos, daqueles atos, de modo que, e em consequência, deverão ser posteriormente ressarcidos ou, por outras palavras, há isenção de antecipação de pagamento dessas despesas.

Em síntese, na execução fiscal, as despesas do processo debitadas à Fazenda Pública distinguem-se, pelos diferentes efeitos acerca de seu pagamento, em taxa (as custas e os emolumentos), de um lado e, de outro lado, as demais despesas; daquelas, beneficiada com a isenção do pagamento; e destas, dispensada do fornecimento adiantado do numerário correspondente a cobrir “a prática dos atos judiciais de seu interesse”.

Preliminarmente, para evitar que uma controvérsia em certa medida secundária passe em brancas nuvens, ou aflore impertinente na subsequência deste trabalho, perturbando-lhe o encaminhamento fluente da controvérsia central, cabe elucidar o sentido da locução ‘atos judiciais’, contida na segunda parte do artigo 39: equivale ela a, e significa, ‘atos processuais’, no conteúdo abrangente conferido pelo Título V, do Livro I, do Código de Processo Civil, a abarcar tanto os do juiz emanados, quanto os praticados pelos auxiliares do juízo (“A prática dos atos processuais de seu

5. STF – Representação n. 891, Tribunal Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, J. 13.6.1973, RTJ 68/291.

interesse não depende de preparo, pagamento adiantado ou prévio depósito. Leiam-se atos ‘processuais’ e não ‘judiciais’ como está escrito no art. 39”⁶).

Deve-se, neste ponto, discordar de uma exegese jurisprudencial afirmativa de que “o que não é possível, sem dúvida, é estender o conceito de ‘atos judiciais’ a operações que são desempenhadas, não pelo Magistrado, mas por seus auxiliares, como são os meirinhos e os avaliadores”⁷, pelo simples motivo de que os atos judiciais formais do juiz no processo – sentença, decisões interlocutórias e despachos, na classificação do artigo 162 do Código de Processo Civil – são, de *per se*, irremuneráveis, além de os atos judiciais de efetividade da execução, ensejantes do pagamento de diligências ou de outras despesas, serem apenas determinados pelo juiz, e a natureza intrinsecamente documental e contábil das lides em sede de embargos à execução fiscal raramente demandará um ato processual do juiz ‘fora do auditório ou do cartório’, a inspeção judicial, hipótese que, se concretizada, resolve-se, no Estado de São Paulo, de acordo com o artigo 25 da Lei paulista n. 4.476/84, com o fornecimento de ‘condução adequada aos Juízes’.

De tal sorte que, aceitar-se aquela acanhada acepção de ‘atos judiciais’ redundaria em converter a norma toda em letra morta, ‘sem força operativa’, num entendimento radicalmente incompatível com o bom e tradicional, e sempre atual, cânone interpretativo, pelo qual, como professava Carlos Maximiliano, “devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”.⁸

De mais a mais, importa sublinhar que a expressão ‘atos judiciais’ deve ser lida e aplicada em contraposição a ‘atos extrajudiciais’, como, a título meramente ilustrativo, se observa no artigo 39, I, da aludida Lei paulista n. 4.476/84. De idêntica maneira, fixa-se o termo na doutrina, conforme se infere da colocação do insigne Desembargador Bruno de Afonso André:

6. José da Silva Pacheco, *Comentários à Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830, de 22.9.80)*, p. 300.

7. TJSP – 17ª Câmara Civil, AI n. 212.338-2, rel. Vicente Miranda, j. 22.3.1993, v. u., *RJSP* 144/156, nov./dez. 1993.

“As *custas judiciais* decorrem de serviço processual por natureza (processo contencioso), ou, por extensão (o chamado processo não contencioso), enquanto as *custas extrajudiciais* derivam de serviço administrativo, realizado pelos tabeliães e oficiais de registros públicos, para constituição e publicidade de atos de direito privado com chancela estatal.”⁹

Superada essa preliminar, retome-se o tema central.

A simplicidade da letra da lei, tão ofuscantemente clara em seus dizeres de dispensar a Fazenda Pública do prévio recolhimento das despesas judiciais, nem sempre ecoa na orbe forense, quando pertine às diligências dos oficiais de justiça: determinações judiciais exigem o prévio depósito para a efetivação dos mandados ou simplesmente recusam-se os meirinhos a cumpri-los, reivindicando, informalmente intra-autos ou em reclamação administrativa, a paga preliminar.

Está montado o problema.

Se, em si mesmo considerado ou comparado a palpitantes e complexos temas que constante e presentemente estão a pedir dedicação e estudo, reconhece-se tratar-se de assunto de reduzida importância jurídico-processual, avulta-lhe utilidade prática, porquanto, além do descontentamento imediato dos senhores oficiais de justiça, no legítimo afã de receber previamente o que lhes cabe pelos gastos com o trabalho realizado fora do recinto do fórum, repercute diretamente sobre a Fazenda Pública, que, previda pelas particularidades orçamentárias ditadas para a liquidação de suas despesas, a impedir ou a dificultar o depósito prévio, terá as execuções fiscais paralisadas, com o desdobramento negativo na arrecadação da dívida ativa, e objetivamente redundante em, dilatando-lhes imprevisivelmente o prazo de satisfação do débito, favorecer os executados, sem deslembrar-se do caos cartorário em ebulição, com o afluxo desmesurado de mandados parados, os quais, superada a pendência, deverão ser simultaneamente

8. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 250.

consumados.

Entretanto, atentando-se bem à expressão formal da segunda parte do artigo 39 – onde se situa o nó górdio –, que, pela aparente evidência incentivaria à cordata obediência do preceito em sua literalidade, percebe-se uma segura exagerada e desfocada de seus termos, cujo sentido total caracteriza-se opostamente por vasta abrangência, antípoda sobre a qual repousa a controvérsia. Esse descompasso está a solicitar uma releitura, na vertente amealhada por um clássico da hermenêutica tradicionalista nacional – de há muito relegado ao ostracismo e adepto radical do adágio *quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio* –, o qual reduzia drasticamente a necessidade de interpretação de uma lei: “aos casos de obscuridade acrescentemos aquelles, em que as leis, pela concisão com que são escriptas, apresentarão lacunas e duvidas a respeito de certos fatos occorrentes”.¹⁰

Exatamente o impasse interpretativo aqui emergente: uma norma concisa, a produzir uma dúvida, que consiste em saber se um fato ocorrente, o gasto de condução do oficial de justiça, a ela se subsume, de modo a somente ser ressarcido posteriormente.

Ainda que de apoucada monta teórica, o problema persiste através do tempo, como, em 1993, observava um julgador:

“A questão de saber se a Fazenda Pública deve adiantar as diligências que o Oficial de Justiça necessita para cumprir a citação em execução fiscal é velha e ainda não foi resolvida pela jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, conforme anota Theo-tônio Negrão em seu ‘Código de Processo Civil e Legislação em Vigor’, 22ª edição, nota 2 ao artigo 27, pg. 84, citado no acórdão.”¹¹

II - DIGRESSÃO HISTÓRICA

9. Bruno de Afonso André, *O novo sistema de custas judiciais*, p. 1.

10. Fala-se de Francisco de Paula Baptista, *Compendio de theoria e pratica do processo civil*

O dizer-se que é velha a questão permite lançar uma ponte de passagem para o passado, numa regressão temporal que tentará desvendar-lhe o atribulado percurso histórico, em suas várias facetas de discussão, sempre procurando priorizar, e à medida da disponibilidade acanhada das decisões antigas¹², a jurisprudência – afinal, trata-se de um trabalho sobre seus atuais pendores! –, sem desprezar, contudo, o filão doutrinário e a legislação coetâneas que a confortam.

Pode-se, e alguns autores o fazem, buscar a origem direta desse privilégio fazendário no artigo 27 do vigente Código de Processo Civil, de 1973, que, de maneira genérica, estabelece: “as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagos a final pelo vencido”. Dessa opinião é José Barcelos de Souza, ao afirmar “que não foi criado pela Lei n. 6.830, muitas vezes injustificadamente criticada, tendo suas raízes no Código do Processo Civil, artigos 27 e 511”.¹³

Entretanto, se se pode remontar, em linha imediata, a dispensa do adiantamento das despesas, previstas no artigo 39 da Lei n. 6.830/80, ao artigo 27 do Código de Processo Civil, cabe atentar que esse liame legis-lativo não se deu no sentido simplório de mera reafirmação de uma regra acriticamente aceita ou de uma especificação daquele favor processual geral ao terreno próprio da então renascente execução fiscal, para, em coerência com o Código de Processo Civil, formar um sistema harmônico.

Muito pelo contrário.

com-parado com o comercial e de hermenêutica jurídica, p. 374.

11. Alusão do Ministro Milton Pereira, repetindo as palavras ditas no tribunal *a quo*, no REsp n. 35.541-9/SP.
12. Até o início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência sobre o assunto, nos repositórios consultados (*Revista dos Tribunais*, *Julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo* e *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, além da *Revista Trimestral de Jurisprudência*, do Supremo Tribunal Federal) e nos repertórios de jurisprudência disponíveis nas bibliotecas dos tribunais paulistas, mostrou-se terrivelmente escassa, a dificultar, sobremaneira, a pretendida perspectiva judicial.
13. José Barcelos de Souza, *Teoria e prática da ação de execução fiscal e dos embargos do*

A inserção, no artigo 39 da Lei n. 6.830/80, da dispensa prévia dos atos processuais de interesse fazendário, põe-se como reação legislativa decorrente do vacilo judicial em dar guarida plena ao artigo 27 do Código de Processo Civil, como se lê da Exposição de Motivos daquele diploma especial:

“Prevê-se no art. 40 a isenção de custas ou desnecessidade do depósito para atendimento de despesas na prática dos atos processuais, pois apesar do art. 27 do Código de Processo Civil determinar que o vencido pagaria ou ressarciria a final, há decisões judiciais no sentido da paralisação do feito, enquanto não realizado o prévio adiantamento dos valores, pela Fazenda Pública.”¹⁴

Ou, trocando em miúdos, o artigo 27 não bastava para garantir a regalia, fazendo-se necessário, para tanto, a eclosão de um dispositivo mais seguro e menos ambíguo. Insegurança e ambigüidade que se detalhavam em que, de um lado, apregoava-se¹⁵ ter havido omissão do Código de Processo Civil sobre quem adiantaria os gastos dos atos requeridos pela Fazenda Pública “sem que possam ser financiados para pagamento ao final”, e, de outro lado, sustentava-se¹⁶ que a incidência do artigo 27 do Código de Processo Civil circunscrevia-se à Fazenda Pública em situação processual de ‘mera atividade fiscalizadora’, posição acatada pela jurisprudência paulista, em nome da paridade de tratamento, a deduzir-se deste trecho de acórdão, emitido já sob o condão da nova lei executiva: “Antes da Lei n. 6.830, de 1980, firmou o Tribunal o entendimento, apoiado na melhor doutrina, de que o artigo 27 do CPC só dizia respeito às entidades públicas quando não eram partes, porque se demandadas ou demandantes, ou intervenientes, como partes deveriam ser tratadas”.¹⁷

executado, p. 34.

14. Item 97 da Exposição de Motivos ao Projeto n. 14/80, que posteriormente converteu-se na Lei n. 6.830/80. Ali alude-se ao artigo 40 que, originariamente no Projeto, veiculava o assunto.

15. Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, artigos 1º a 153, p. 160.

16. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, tomo I, artigos 1º a 55, p. 215. E Pontes de Miranda: “A regra jurídica do artigo 27 apanha a União, bem como os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios e quaisquer entidades autárquicas. Não podem ofender o artigo 27. Advirta-se, porém, que a regra jurídica concerne a ações em que elas não são partes, porque, se demandadas ou demandantes, ou intervenientes, é como partes que se tratam” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1,

Intercorria, também e além, viva oscilação, bem destacada na jurisprudência paulista dos anos 70, sobre o alcance exato da palavra ‘despesas’, contida no artigo 27 do Código de Processo Civil, hesitação que continuará na Lei n. 6.830/80, embora, nesta, a forma vocabular da isenção prévia adquira outro, e mais contundente, contorno.

Ora pendia-se, devido ao caráter excepcional da norma e por apego à boa razão do justo, para dar à palavra uma visão restrita, abrangente apenas das custas e dos emolumentos, receitas próprias do Estado:

“Isto posto e é bem de ver que as despesas de condução do oficial de justiça, no cumprimento das diligências que imponham tais despesas, devem ser pagas por antecipação, nos limites das tabelas preestabelecidas, pois não se confundem com taxas ou emolumentos que o Estado arrecada pelos atos que praticam tais auxiliares da Justiça. Como é o Poder Público que mantém em seus quadros funcionais o oficial de justiça, pagando-lhes vencimentos, os emolumentos dos atos por eles praticados são autêntica taxa e, por isso, se integram na renda do Estado. (...) Esses emolumentos, sim serão pagos pelo vencido, a final praticado pelo meirinho e requerimento da Fazenda do Estado ou do Ministério Público, nos termos do artigo 27. Não as despesas especiais de condução do oficial de justiça, que sejam indispensáveis para o cumprimento do mandado, pois não seria justo impor-lhe o financiamento de tais despesas à espera de eventual e distante reembolso, que, quando venha e se vier, não terá o seu justo valor corrigido monetariamente, nem mesmo acrescido de juros de mora, como ocorre, *verbi gratia*, com os créditos fiscais, que são engordados por uma série de penalidades moratórias: juros, multa e correção atualizadora.”¹⁸

Ora, pendia-se, em face da indistinção da norma, que albergava toda e qualquer despesa, para dar a essa palavra amplitude irrestrita:

artigos 1º a 45, p. 555).

17. TJSP – 12ª Câmara Civil, Apelação n. 54.469-2, 1º.3.1983, apud José da Silva Pacheco,

“Dizer-se que quando a lei fala em despesa não inclui, aí, as despesas com condução do oficial de justiça é, *data venia*, como bem pondera a Fazenda, distinguir onde a lei não distingue.

O termo ‘despesa’ é empregado pela lei da forma mais ampla. O parágrafo 2º do artigo 20 do CPC é meramente exemplificativo, não pretendendo afirmar que as despesas se resumem em custas e indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração de assistente técnico. São todas as despesas que, dentro do processo, se realizarem.”¹⁹

No Estado de São Paulo, o debate jurisprudencial acirrava-se ao internar-se no terreno da legislação local. Com efeito, seu então Regimento de Custas e Emolumentos, o Decreto-Lei n. 203/70 – a subsistir até 1984, com a promulgação do novo regimento, a Lei paulista n. 4.476 –, além de somente isentar a Fazenda do Estado, bem como a União, do pagamento das custas, emolumentos e contribuições previdenciárias (art. 2º), ao tratar das despesas de condução dos oficiais de justiça (arts. 31 e 32), não lhe dava nenhum favor. No nível legislativo, essa situação sempre permaneceu intocada, sequer se alterando para, pretensamente, ajustar tais dispositivos ao artigo 27 do Código de Processo Civil, editado posteriormente àquele regimento, nem seus sucessivos decretos regulamentadores albergavam a dispensa do depósito prévio, como se vê, ilustrativamente, do texto do Decreto n. 5.857/75, o que não passava despercebido ao tribunal:

“O artigo 10 do mesmo Regimento admite, bem por isso, a cobrança pelo oficial de justiça de ‘outras despesas’, além de custas, emolumentos e contribuições, sendo que o artigo 32 dispõe, em separado, com relação às despesas de condução dos peritos e dos oficiais de justiça, sujeitas às tabelas prévia e anualmente elabora-

Comentários à Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830, de 22.9.80), p. 308.

18. 1º TACSP – 1ª Câmara, AI n. 233.609, 6.7.1976, v. u., excerto do voto declarado do Juiz Carlos Ortiz, apud Orlando Fida, *Prática e jurisprudência da execução fiscal*, p. 162.

19. 1º TACSP – 6ª Câmara, AI n. 250.298, 17.10.1978, v. u., rel. Rafael Granato, RT 526/135, ago.

das pelo Corregedor-Geral da Justiça da Capital e pelos Juízes Diretores de Fóruns no Interior. Ao dispor na Tabela 7ª sobre as despesas processuais relativas aos oficiais de justiça, o Decreto estadual n. 5.857, de 1975, na nota 4ª, assentou que o preço dos emolumentos ‘não inclui despesas de condução’ e, na nota 6ª, que ‘nos processos crimes movidos contra o réu pobre e nas diligências realizadas a requerimento do Ministério Público, nos atos de ofício, os oficiais serão reembolsados das despesas de condução, que correrão à conta de verba própria do orçamento do Tribunal de Justiça. O disposto nesta nota aplica-se também nas diligências realizadas em feitos relativos a menor infrator abandonado’. Houve aí exaustiva previsão dos casos em que não teria o oficial de justiça de quem pleitear a antecipação dos gastos de condução, possibilitando-lhe o reembolso por verba própria do orçamento do Poder Judiciário. Não se inclui a Fazenda Pública como beneficiária dessas providências porque, obviamente, tem ela condições para antecipar o pagamento das despesas, mais do que reembolsá-las eventualmente *a posteriori*. Se o próprio Estado não cuidou de estabelecer dotação orçamentária para atender, nos feitos judiciais, despesas não compreendidas nos emolumentos que constituem sua renda, decorrentes de atos processuais praticados ou a praticar em razão de requerimento da Fazenda Pública, é porque não pretendeu distinguir, nesse ponto, a Fazenda Pública do litigante comum, impondo-lhe o ônus das antecipações correspondentes ou o pronto reembolso de tais despesas.”²⁰

Passava, porém, despercebido a essa tese que a legislação estadual (o Decreto-Lei n. 203/70) não podia prevalecer sobre o direito federal (o art. 27 do CPC) – além de ser esta legislação superveniente contrária –, aspecto que será depois, no começo da vigência da Lei n. 6.830/80, mas com expressa remissão também ao artigo 27 citado, ventilado com êxito, a ver-se do trecho deste acórdão:

“Frisou-se, então, a não incidência do art. 27 do CPC, bem como do

artigo 39 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, e, pelo contrário do artigo 31 do Regimento de Custas (Decreto-Lei n. 203, de 25.3.1970). (...) Mas, *data venia*, essa não é a acertada conclusão que se tira dos textos legais. Nem correta se encontra a remissão ao Regimento de Custas, nem às ‘Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça’ do Estado de São Paulo.

Quanto ao primeiro (Decreto-Lei n. 203, de 25.3.1970), ao cuidar dos atos que se houverem de praticar fora do auditório ou cartório, não cuida, no lembrado artigo 31, da especial situação da Fazenda Pública, limitando-se a ditar o modo de agir em feitos comuns. Deve portanto a disposição ceder diante de regras expressas sobre processos em que intervenham a Fazenda Pública. Isso sem falar que se trata de diploma legal estadual, que não se pode sobrepor a lei federal.”²¹

Paralelamente a essas colocações, uma interessante complicação aduzia-se, pois aos oficiais de justiça exclusivos da Fazenda do Estado, lotados na Comarca da Capital, mantinha ela um sistema de pagamento prévio, particularidade a mostrar que, quando lhe convinha, o Estado concedia em ressarcir previamente, tudo a ver-se neste trecho de certo acórdão:

“O fato de, na comarca da Capital, receberem os oficiais numerário adiantadamente para o cumprimento de diligências, por serem privados da Fazenda do Estado, situação inócua nas comarcas do interior, justifica ainda mais o entendimento esposado pelo despacho agravado, enfraquecendo o ponto de vista da Fazenda do Estado, que adianta despesas para os oficiais de justiça que prestam serviços diretamente a elas, mas se recusa a fazê-lo em relação aos que, embora também recebam seus vencimentos do próprio Estado, exercem sua atividade em outros setores da Justiça”.²²

Enfim, pode-se concluir que, sob a batuta principal do artigo 27 do Cód-

1979.

20. Vide nota n. 9.

21. 1º TACSP – 7ª Câmara, AI n. 293.922, 9.2.1982, m. v., rel. Luis de Macedo, apud Rubens

go de Processo Civil, e da legislação paulista suplementar, a jurisprudência, no campo da antecipação das despesas para as diligências dos oficiais de justiça nas execuções fiscais, não se acertava, digladiando-se numa tensão pendular entre duas tendências razoavelmente equilibradas.

Embora este trabalho pretenda-se de dogmática jurídica e embora esteja vivo para esse tipo de abordagem, o aviso, enunciado para outra problemática, dos arautos da teoria objetivista da interpretação da lei, de que “não pode ser nossa tarefa deixarmos o presente com os seus problemas e retrocedermos anos ou décadas (...)”²³, vai-se, agora, mais recuar, não por puro apego, ou simples teimosia, ao estudo histórico interno do direito e de sua legislação – “perscrutar o passado é entender o presente”, na visão pedagógica de alguns historiadores –, mas na tentativa de indagar se o direito positivo anterior ao atual Código de Processo Civil, de 1973, já continha igual ou semelhante dispositivo.

Pois, se a razão primeira do contemporâneo artigo 39 da Lei n. 6.830/80 está, em face da preeminência pública do crédito fazendário, em coadjuvar acelerado andamento às execuções fiscais, tal razão mais avultava nas épocas pretéritas, período republicano em que a Fazenda Pública em geral, da União, dos Estados e dos Municípios, não dispunha de um aparato jurídico e administrativo adequado e eficaz para a cobrança de sua dívida ativa, como, com muito mais elegância e prestígio, disse o Professor Frontini, ao explicar a origem de outra regalia processual fazendária: “em primeiro lugar, porque o crédito fiscal no Brasil de então, carente de melhor estrutura administrativa, com poucas estações fiscais diluídas no vasto território da República, fazia por merecer um tratamento mais favorável.”²⁴

Fincar-se-ia, então, a gênese da norma execucional que dispensa a Fazenda Pública do prévio depósito na prática de atos judiciais de seu interesse (art. 39, parte final, da Lei n. 6.830/80), no primitivo Código de

Limongi França, *Jurisprudência das execuções*, p. 211.

22. Vide nota n. 9, excerto do voto do relator, Juiz Jurandir Nilsson.

Processo Civil nacional, o Decreto-Lei n. 1.608/39, que, similarmente ao artigo 27 do atual Código de Processo Civil, ditava: “as custas dos atos judiciais, praticados a requerimento do órgão do Ministério Público e do representante da Fazenda Pública, serão pagas, a final, pelo vencido” (art. 56, § 1º)”?

Remota e indiretamente há um vínculo entre ambas, unidas que são pelo artigo 27 do Código de Processo Civil atual, a acenar que a origem do preceito estaria, pelo menos em âmbito nacional, no artigo 56, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil de 1939, embora este certamente não lhe tenha servido de inspiração imediata, pois afigura-se um contra-senso imaginar-se que determinada norma tenha seu modelo ancorado em norma de lei já revogada, quando, outra lei, sobrevinda a esta sepulta, encarta a mesma norma inspiradora: destarte, se não se pode dizer que o artigo 39 da Lei n. 6.830/80 calcou-se sobre o artigo 56, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil de 1939, pode-se, confortavelmente, dizer-se que o artigo 27 do Código de Processo Civil atual inspirou-se no código anterior, e daí e então passou, com mais realce no favor processual, à lei executiva.

Entretanto, e para não se perder o fio da meada e por fidelidade à sucessão histórica, convém escrever que a execução fiscal nunca esteve sob o domínio do Código de Processo Civil de 1939, o qual, expressamente, abdicava, no artigo 1º, de reger os “feitos por ele não regulados, que constituem objeto de lei especial”, caso típico da execução fiscal, disciplinada, desde 1939 até a entrada em vigor do Código de Processo Civil atual, pelo Decreto-Lei n. 960, de 17.12.1938, exclusão que, após acirrado embate inicial, sempre foi aceita pelos tribunais, consoante esta ilustração:

“A cobrança fiscal é disciplinada por lei especial e esta não cuida de tal condenação.

Nem há invocar a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, porque este excluiu expressamente de seu campo de incidência os

23. Karl Engish, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 173.

24. Paulo Salvador Frontini, Comentário à jurisprudência sobre crédito fiscal - Cobrança contra nassa falida, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 29, p. 69,

processos regulados por leis especiais (art. 1º) e, pelo Decreto-Lei n. 960, a lei processual civil só é subsidiariamente aplicada nas omissões relativas ao processo e julgamento das causas, tanto quanto seja possível e não contrarie o sistema da lei especial.”²⁵

Exatamente este Decreto-Lei n. 960/38 – que, de poucos meses a anteceder o Código de Processo Civil brasileiro inaugural, “foi a primeira manifestação republicana da competência privativa da União para legislar sobre processo, introduzida pela Constituição de 1934”²⁶ –, ao disciplinar, em três artigos (68, 69 e 70), os gastos processuais, trouxe, dentre determinações outras, regras semelhantes de sua desoneração pela Fazenda Pública, mormente nos artigos 68 e 69.

De modo que, em nível nacional, cabe-lhe a primazia cronológica de poupar a Fazenda Pública dos recolhimentos judiciais, peculiaridade processual que, aliás, não era novidade, pois alguns códigos de processo civil estaduais já a adotavam, de uma ou de outra forma e com mais ou menos extensibilidade, a exemplo do capixaba (art. 1.409) e do paulista, no artigo 341, deste teor: “A Fazenda do Estado não pagará custas aos funcionários da justiça estendidos pelos cofres estadoaes.”²⁷

Entretanto, nem a lei de execução fiscal nem o Código de Processo Civil primitivos davam a este privilégio processual a grandeza da atual Lei n. 6.830/80, a permitir, pela generalidade, a inclusão da dispensa do depósito prévio à feitura de diligências: este, no artigo 56, parágrafo 1º, limitava-se à isenção das custas, e aquela, no artigo 68, isentava apenas a União de selos, taxas, emolumentos e contribuição de qualquer natureza sobre os atos judiciais praticados em seu interesse, sem intromissão nos Estados federados, autonomia confirmada por importante exegeta da época, ao dizer que “da mesma regalia gozam os atos praticados pelos representantes da Fazenda Estadual, de

1978.

25. Tribunal de Alçada de São Paulo – 5ª Câmara Civil, Agravo de Petição n. 78.386, 11.2.1966, v. u., rel. Carvalho Filho, *Julgados do Tribunal de Alçada* 1/97, 1967.

conformidade com a respectiva legislação.”²⁸

Por sua vez, o artigo 69 do diploma execucional – que dispensava a Fazenda Pública, se vencida, do pagamento de custas aos serventuários, e as postergava, se vencedora, para quando do recebimento dos créditos fazendários –, foi, juntamente com o artigo 70, revogado um mês após sua promulgação, pelo Decreto-Lei n. 1.052/39, o qual, também, expressamente reavivou a competência local para regular a matéria, perante a Justiça dos Estados, “a ser regida pelos respectivos regimentos de custas”; abrogações e modificações que, a recolher de comentários leigos e jurídicos sobre aquele momento, foram provocadas por pressão dos cartórios, que, por serem em sua maioria não oficializados, isto é, sem remuneração alguma dos cofres públicos, temiam ficar a “ver navios” pelos serviços cartorários consumados nas execuções fiscais estaduais e municipais.

Embora não se tenha, para compor este desprezioso trecho histórico-jurídico deste trabalho, encontrado, até a data da entrada em vigor do Decreto-Lei n. 960/38, nenhuma lei paulista ou nenhuma decisão, fosse paulista fosse de outros Estados, alusivas propriamente ao adiantamento das despesas com diligências dos oficiais de justiça nas execuções fiscais, pode-se estimar, com apoio em acórdãos esparsos, que, pelo menos aqui no Estado de São Paulo, já pululavam questões correlatas a esse assunto.

Deste modo, apesar de a lei paulista do processo da dívida ativa do Estado e dos municípios vigente (art. 19, parágrafo único do Decreto n. 5.853/33) determinar que nos feitos sustados pela Fazenda os oficiais de justiça não receberiam custas, lê-se, em acórdão de recurso de revista

26. Milton Flaks, *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, p. 10.

27. Também o Decreto n. 2.678, de 29 de janeiro de 1917, certamente o primeiro diploma paulista a disciplinar sua dívida ativa e a correspondente cobrança judicial, dizia não serem devidas custas pela Fazenda, “quando esta decahir nos executivos fiscaes”. Do mesmo modo, afora leis outras, dispôs o Decreto n. 22.022, de 31 de janeiro de 1953, consolidador da legislação tributária estadual (Código de Impostos e Taxas do Estado: Decreto n. 8.255/37 e legislação posterior), no artigo 26 do Livro X, já, entretanto, respeitando o princípio da sucumbência, previamente adotado pelo Código de Processo Civil de 1939.

improcedente, e interposto por uma municipalidade, confirmatório de acórdão em agravo de petição, o qual, por sua vez, confirmara decisão de primeira instância, “que os officiaes de justiça do interior do Estado têm direito de haver da Fazenda Pública as despesas feitas com conducção, quando no cumprimento dos mandados executivos fiscaes, embora tenham sido taes processos sustados a requerimento da mesma Fazenda”²⁹. No caso, e para o interesse imediato do tema em foco, a peculiaridade processual maior provém da esplêndida argumentação do magistrado singular, que, a certa altura do juízo de sustentação pelo pagamento, traça arguta distinção entre custas e despesas de condução:

“As custas propriamente ditas (...) representam retribuição pelo trabalho do serventuário, enquanto que as conducções não passam de indemnização do dispendido por esse serventuário, para execução do serviço determinado, quando a parte que o encommendou não fornece os meios necessários”.³⁰

Coleciona-se, naquele mesmo diapasão, sentença proferida em ação rescisória de acórdão de agravo de petição, que negara o pagamento:

“OFFICIAES DE JUSTIÇA – Executivos fiscaes improcedentes – Direito às despesas de conducção – Rescisória de julgado que isentou a Fazenda Pública de pagamento.

Nos executivos fiscaes em que decae a Fazenda, têm os officiaes de justiça direito às despesas de conducção.”³¹

Como quer que então fosse até então, a primeira manifestação legislativa paulista expressa e inequívoca sobre as “despesas de conducção dos officiaes de justiça nos executivos fiscaes do Estado” insere-se no Decreto n. 8.255/37 (Código de Impostos e Taxas do Estado) que, no artigo 63 do Livro XX (Da Dívida Activa do Estado), autorizava excepcionalmente o adiantamento³², a

28. Raul Loureiro, *Processo executivo fiscal*, p. 72.

29. Câmaras Conjointas da Côte de Apellação de SP – Recurso de Revista n. 1.006, 12.5.1936, m. v., rel. Gomes de Oliveira, RT 103/333, set. 1936.

30. Sustentação do magistrado Doutor J. de Castro Roza, da Comarca de Piratininga, 11.11.1935,

deduzir-se, portanto, que o ressarcimento das despesas habitualmente dava-se após a diligência; assim como a primeira manifestação legislativa paulista, o Decreto n. 14.978/45, de abrangência genérica, acerca do direito às despesas de condução dos oficiais de justiça, a todos os feitos judiciais, também dispensava o pagamento antecipado, remetendo a sua cobrança, no caso de a parte requerente da diligência não ter fornecido a condução, para ser contada a final.

Posteriormente, a Lei paulista n. 543/49 – que outorgou aos oficiais de justiça o *status* de funcionário público em sentido estrito³³, integrando-os na Parte Permanente do Quadro da Justiça – reservou àqueles privativos da Fazenda do Estado uma situação diferenciada quanto às cotas de passagem e condução, para incluir os valores devidos a tal título “na folha mensal do pagamento das custas” (art. 9º), recebimento portanto, após a diligência, sistema semelhante ao adotado atualmente, desde 1986, pelo Provimento n. 1/86, da Corregedoria Geral da Justiça, para o ressarcimento dos mesmos gastos, de todos os oficiais de justiça, privativos ou não, do interior ou da Capital, em atuação nas execuções fiscais estaduais.

Como curiosidade, registre-se que, pela Lei paulista n. 1.029/51, os avaliadores dos bens penhorados nas execuções fiscais do Estado, promovidas nas Comarcas do Interior, foram distinguidos, sem titubeio, com o pagamento prévio generalizado de suas despesas com condução, “quando, sendo esta indispensável ao cumprimento dos mandados, não for possível o seu fornecimento” (art. 1º).

RT 101/137, maio 1936.

31. Corte de Apelação de SP – 2ª Câmara, Ação Rescisória n. 826, 28.3.1937, v. u., rel. Antão de Moraes, RT 111/270, jan. 1938.
32. “A juízo do Secretário da Fazenda e quando for indispensável, a despesa de condução exacta e comprovada, poderá ser adeantada integralmente.”
33. Acerca da natureza da função dos oficiais de justiça, consulte-se o substancioso parecer do Professor José Afonso da Silva, onde se tem, além de outros temas, um preciso traçado de direito comparado: “Oficiais de Justiça - Vencimentos iguais para funções paralelas (...)”. (Re-

Também o Decreto paulista n. 22.022/53 – consolidador da legislação tributária do Estado – previa, no artigo 46 do Livro XI (Da Dívida Ativa do Estado), sem distinção entre oficiais privativos ou não, o adiantamento da despesa, “quando indispensável a condução para o cumprimento de mandados”.

Afora essas normas, elencadas em rigorosa sucessão cronológica, nenhuma alteração de fundo surgiu, pelo menos em termos legislativos, no Estado de São Paulo, sobre esta tão pequena quanto conturbada e imorredoura questão, nem mesmo com a entrada em vigor da Lei n. 4.831/58 – silente a respeito – que, substituindo o vetusto Regimento de Custas da Lei n. 2.260/27³⁴, instituiu novo Regimento de Custas e Emolumentos Judiciais e Extrajudiciais que perdurou até a promulgação do Regimento de Custas e Emolumentos, disposto pelo Decreto-Lei n. 203/70, cujas perplexidades jurisprudenciais já foram aqui enfocadas.

III - O TEMA NA ATUALIDADE

Posta essa pequena digressão histórica, com o intuito de melhor capacitar o pleno entendimento do tema, retorne-se ao centro legal e atual, sob o império da Lei n. 6.830/80.

Essa lei, ao contrário do esperado, não trouxe apaziguamento à questão, persistindo a dupla interpretação do artigo 39: a favor ou contra a exigência do depósito prévio ressarcidor das diligências do oficial de justiça, bem espelhada na jurisprudência paulista, que, à luz do Regimento de Custas e Emolumentos do Decreto-Lei n. 203/70, pendia ora para um ora para outro lado, como, ilustrativamente, se lerá agora:

“O Juiz Néelson Altemani reconheceu a legitimidade da exigência

vista dos Tribunais, São Paulo, n. 341, p.48-87, mar. 1964)

34. A Lei paulista n. 2.260/27 aprovou o Decreto n. 3.965/25, que reformou o anterior Regimento de Custas. Em 1945, foi parcialmente alterado, quando, então e pela primeira vez, faz-se expressa menção ao direito do oficial de justiça ao ressarcimento pelas despesas de condu-

de prévio depósito das despesas de condução do Oficial de Justiça, para a diligência de citação no processo de execução fiscal. Extraíse de seu voto: Da exigência não está dispensada a Fazenda Pública, mesmo em se tratando de executivo fiscal. A disposição do artigo 39 da Lei n. 6.830, de 1980, dispensando a Fazenda Pública do pagamento de custas e emolumentos, não constitui novidade, pois de forma semelhante já dispunha o artigo 27 do CPC. Tenha-se em conta, a propósito, que as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, ao disporem que o autor é obrigado a adiantar as despesas de condução do Oficial de Justiça, não estabelece qualquer ressalva em relação à Fazenda Pública. Apenas quando se trate de precatória de interesse da Fazenda Pública de outros Estados da Federação é que o ressarcimento das mencionadas despesas é realizado *a posteriori*, pela Fazenda do Estado de São Paulo (Cap. VI, item 31). Da mesma forma, o Decreto-Lei n. 203, de 1970, estabelece no artigo 32 que as despesas de condução dos Oficiais de Justiça serão tabeladas anualmente pelo Corregedor-Geral da Justiça. Tais despesas, destarte, não se confundem com custas, nem com emolumentos, dos quais o Município agravante estaria isento, por se tratar de serventia oficializada. Lembrou a propósito da espécie os pronunciamentos da Colenda Primeira Câmara, nos agravos de instrumento ns. 223.611 e 223.609 (julgados 39:175 e 216), que reconheceram estar sujeita ao prévio recolhimento das despesas de condução dos Oficiais de Justiça a própria Fazenda do Estado.”³⁵

E em sentido diametralmente oposto:

“Assiste razão à agravante. Se, por um lado, como acentua o nobre magistrado, no seu despacho de sustentação, chega a ser, em princípio, injusto que o meirinho tenha de adiantar as despesas com diligências, por outro lado, não se pode perder de vista que existe dispositivo legal expresso e incontornável, que não pode ser relegado. Com efeito. Dispõe o artigo 39 da Lei n. 6.830, de 22.9.80, *verbis*: (...).

A clareza do dispositivo não dá sequer margem a interpretação de alcance, conquanto relevantes no aspecto metajurídico, como argumentou o r. despacho de sustentação. Assim, a menos que se pretenda analisar a situação sob o prisma *de lege ferenda*, não há como reconhecer ao Município a obrigação de prévio depósito das despesas com diligências do oficial de justiça, sendo inaplicável a regra geral da obrigatoriedade de comprovação do depósito prévio.”³⁶

Acalma-se essa fase inicial de indefinição jurisprudencial paulista, porquanto, no Estado de São Paulo, desaparece, por pouquíssimo tempo, o problema, graças a uma solução legal: a Lei paulista n. 4.476/84, o primeiro Regimento de Custas e Emolumentos editado depois da então recente Lei de Execução Fiscal, declarava categoricamente estar a Fazenda Pública livre de pagamento “em quaisquer atos praticados nas serventias ou por Oficiais de Justiça (art. 2º), vicissitude a ser compensada com o a eles destinar-se parcelas das custas e emolumentos na coberturas de tais gastos (art. 15, III), em forma de rateio (art. 26, parágrafo único).

Realmente, somente por pouquíssimo tempo o problema esteve inteiramente dissipado.

Ressurgirá em breve a questão, quando, primeiramente, a Lei paulista n. 4.952/85, ao instituir o novo sistema de custas judiciais – a denominar-se, doravante e com mais propriedade técnica, de taxa judiciária – não repetiu aquela isenção; e, logo em seguida, a Lei paulista n. 4.959/86, ao modificar os artigos 2º e 15, III, da Lei paulista n. 4.476/84, suprimiu da isenção os atos praticados pelos oficiais de justiça, a requerimento da Fazenda Pública.

A coordenação desses três diplomas legais, sincronizando-se na diretriz da extinção do privilégio processual desoneratório das despesas com as

ção, segundo já relatado no texto deste trabalho.

35. Apud José da Silva Pacheco, *Comentários à Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80, de 22.9.80*, p. 307.

36. 1º TAC de São Paulo – 6ª Câmara, AI n. 291.070, rel. Juiz Minhoto Jr., 15.9.1981, apud

diligências da oficialidade em favor da Fazenda Pública, somada à determinação legal (art. 3º da Lei n. 4.952/85) de incumbir ao Corregedor-Geral da Justiça o estabelecimento e a forma desse ressarcimento, motiva e promove o lançamento do Provimento CGJ n. 1/86 – parcialmente alterado, para excluir a Fazenda Nacional de seus dizeres, pelo Provimento CGJ n. 18/86 – onde se dispõe que a reparação daqueles gastos “se fará no mês seguinte ao do cumprimento dos mandados”.

De óbvia natureza administrativa normativa³⁷, esse Provimento – cujo texto encontra-se atualmente inserido nos itens 28 e 29 do Capítulo VI, das “Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça” –, por seu conteúdo, reconhece, acolhe e confirma, com eloquência e oficialmente, a posição da desnecessidade do depósito prévio, em sistemática harmônica com a dispensa específica às execuções fiscais (art. 39, segunda parte, da Lei de Execução Fiscal) e com a dispensa genérica às demais ações (art. 27 do Código de Processo Civil).

A despeito desse caráter administrativo, sem interferência, portanto, na independência decisória ou “sem prejuízo de adotar cada magistrado, nos processos, o posicionamento que lhes aprouver”³⁸, arrefeceu-se sobremaneira o embate jurisprudencial, à medida que, com pouco desvios, foi-se aceitando judicialmente o sistema de pagamento mensal, propugnado pelo Provimento, forma razoável de compatibilização dos interesses dos oficiais de justiça com o método complexo de empenho das despesas públicas, inviabilizante do adiantamento em cada ato.

Exemplifica-o este acórdão, de 1993, do Tribunal de Justiça:

“EXECUÇÃO FISCAL – Despesas judiciais – Diligência do Oficial de Justiça – Antecipação pela Fazenda Pública – Permissão de pagamento mensal imediatamente posterior às despesas efetuadas no mês anterior – Itens 28 e 29 do Capítulo VI das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça – Forma de pagamento que atende as peculiaridades burocráticas e orçamentárias das enti-

Humberto Theodoro Júnior, *Lei de Execução Fiscal*, p. 404.

37. Segundo o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “Constituem os atos normativos manifestações gerais de comando administrativo e de orientação na aplicação da lei, ‘atos’ que

dades estatais, sem ferir o princípio da antecipação – Recurso parcialmente provido.”³⁹

Por seu lado, porém, o Supremo Tribunal Federal, enquanto foi a instância máxima a julgar as questões ventiladas em torno da negativa de vigência de lei federal, insistia na necessidade de prévio depósito, como se lê na ementa de um acórdão, proferido em recurso extraordinário e oriundo de São Paulo, que se tornou, pela exuberância com que é repetido, uma espécie de *leading case*:

“DESPESAS PROCESSUAIS – PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA – TRANSPORTE DO OFICIAL DE JUSTIÇA PARA A REALIZAÇÃO DE PENHORA.

No caso, o que pretende a Fazenda Estadual, com base nos artigos 27 do CPC e 39 da Lei n. 6.830/80, é que o Oficial de Justiça financie as atividades, em última análise, de seu patrão.

Nenhum desses dispositivos determina que o serventuário da justiça retire de sua remuneração – que é paga pelo próprio Estado – as quantias necessárias ao pagamento das despesas com condução para o exercício de suas funções, e depois, ou as receba ao final do vencido, se a Fazenda for vencedora, ou não as receba ao final de ninguém, se a Fazenda for vencida, certa como é que, neste último caso, em face dos termos do parágrafo único do artigo 39, ‘se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária’, o que evidentemente não abarca as despesas feitas pelo oficial de justiça em diligência do interesse da Fazenda.

A questão não é, portanto, sequer de injustiça – que seria clamorosa – , mas de ausência de obrigação legal, a caracterizar hipótese típica do princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer senão em

visam esclarecer a norma na aplicabilidade” (*Atos administrativos*, p. 156).

38. Assim frisou, em caso análogo, de interesse restrito à União e suas autarquias, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, por um de seus brilhantes auxiliares, o Juiz Doutor Vanderlei Álvares, no Protocolado n. 31.042/92.

39. TJSP – 17ª Câmara Civil, AI n. 211.338-2, rel. Vicente Miranda, 22.3.1993, v. u., *RJTJSP*

virtude de lei (art. 153, § 2º, da Carta Magna).

Se o privilégio da Fazenda for entendido na extensão por ela pretendida, deve o Estado consignar, no orçamento, verba própria para essas despesas, no que diz respeito aos cartórios oficializados, uma vez que, quanto aos não oficializados, essas despesas sairão dos emolumentos a estes devidos, e que são receita pública, como fixado pela jurisprudência desta Corte.

Recurso extraordinário não conhecido.”⁴⁰

Paralelamente, e em sentido contrário, o extinto Tribunal Federal de Recursos – de competência cível restrita às causas de interesse da União e de suas autarquias (arts. 122, III, e 125, I, da Emenda Constitucional n. 1/69) –, pela Súmula n. 154, entendia que “a Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas do oficial de justiça”, diretiva reforçada pela Súmula n. 90 que, com idêntico teor, referia-se, às despesas do avaliador.

A criação do Superior Tribunal de Justiça, com a Constituição republicana de 1988, não logrou, de plano, encerrar a controvérsia, de modo que, nessa Corte, em fevereiro de 1997, foi suscitado incidente de uniformização de jurisprudência, em cujo voto condutor lê-se:

“Isto porque a jurisprudência conflitante existente na 1ª e 2ª Turmas aconselham a uniformização da jurisprudência a respeito do tema indiscutivelmente relevante e que já foi objeto de Súmula do extinto e sempre lembrado Tribunal Federal de Recursos. Refiro-me às Súmulas 90 e 154.”⁴¹

Nessa deliberação, por seis votos a um, propendeu-se pela obrigação do depósito prévio, cabendo ressaltar que a solitária opinião divergente, do Ministro

144/156, nov./dez. 1993.

40. STF – 1ª Turma, RE n. 108.845-SP, rel. Min. Moreira Alves, 14.6.1988, *RTJSTF* 127/228, 1º trim. 1989. Observa-se que, nesse acórdão, não há a menor alusão ao Provimento CGJ 1/86, certamente por ser matéria incabível no restrito âmbito do recurso extraordinário (art. 102,

José Delgado, não achava “prudente sumular esse tema, haja vista que existem situações concretas que se diferenciam”; e, singularmente, entre os votos vencedores houve claro desencontro frontal da avaliação da situação do Estado de São Paulo: enquanto o Ministro Pádua Ribeiro afirmava que “essa matéria foi amplamente debatida, principalmente em razão de casos no Estado de São Paulo”, do que se deduz que ali se sucederiam com frequência recusas ao adiantamento, o Ministro José de Jesus Filho, em sentido oposto, ponderava que “o Estado de São Paulo e suas prefeituras já adiantam, há muito tempo, essa despesa de condução.”⁴²

Nasce então, em junho de 1997, a Súmula n. 190, do Superior Tribunal de Justiça, em tais termos vazada:

“Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça.”

Foi o quanto bastou para, pelo menos no Estado de São Paulo, ressurgir com certo vulto a questão, a ponto de a Procuradoria Geral do Estado encaminhar ofício à Corregedoria Geral da Justiça, solicitando-lhe a reedição do Provimento CGJ n. 1/86 – já em fase preambular de ostracismo? –, sob o fundamento de que, em várias comarcas do interior, “com a edição da Súmula n. 190 do STJ, alguns magistrados passaram a exigir a antecipação do numerário relativo às diligências ainda não realizadas, o que estaria a causar sérios problemas à Fazenda do Estado, porquanto o Tribunal de Contas não autoriza tal adiantamento.”⁴³

Em resposta, a Corregedoria Geral da Justiça pronunciou-se pela desnecessidade de reedição daquele ato, uma vez que, desde sempre e com êxito, se cumprira o sistema ali adotado, o qual, tampouco fora atingido pela Súmula 190:

III, CF).

41. Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso Ordinário de Mandado de Segurança n. 1.352 – SP.

“Diante disso, e tratando-se de sistemática bastante antiga (Provimentos CGJ ns. 1/86 e 18/86), não há qualquer dúvida quanto ao funcionamento dessa prática, até porque, não se conhece, até a presente data, qualquer problema grave quanto a esse pagamento.

Todavia, o Excelso Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Incidente de Uniformização da Jurisprudência em RMS n. 1.352-SP, deixou assente que as despesas com transporte dos oficiais de justiça, necessárias para a prática de atos fora do cartório, não se qualificam como custas ou emolumentos, estando a Fazenda Pública obrigada a antecipar o numerário destinado ao custeio dessas despesas. Esse julgamento acabou gerando a Súmula n. 190, do seguinte teor (...).

Ora, a par de existir Súmula, o fato é que a Fazenda Pública, por mais de 10 anos, sempre atuou seguindo as diretrizes traçadas pelas Normas de Serviço. E, como a Fazenda Pública já goza de certas prerrogativas processuais (prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer), bem como é fato de que a mesma exerce suas funções mediante orçamentos, parece-me não ser o caso de se impor qualquer alteração nas Normas de Serviço, até, porque, a Súmula em questão não tem força vinculativa, e a matéria também pode ser vista como jurisdicional.”⁴⁴

Assim, mesmo à luz dessa nova disposição jurisprudencial, introduzida pela Súmula n. 190, persiste indene, no âmbito administrativo, a orientação da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no sentido único da validade e da eficiência do Provimento CGJ n. 1/86, que estabeleceu pagamento mensal, portanto posteriormente à diligência, das despesas efetuadas pelos oficiais de justiça, nas execuções fiscais propostas pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

42. Conforme consta nos votos desses Ministros.

43. Conforme o relatório no parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça de São

IV - A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO SOBRE O TEMA

Foi exatamente sob esse novo panorama – primeiro, com o incidente de uniformização da jurisprudência (julgado em 26.2.1997 e publicado no *DOU* em 19.5.1997) e posteriormente com a edição da Súmula n. 190 (junho de 1997) – que o articulista, enquanto Procurador do Estado em atuação nas execuções fiscais, deparou-se jurisdicionalmente com a questão. Na litorânea comarca de Ubatuba, os senhores oficiais de justiça, invocando a nova orientação jurisprudencial, pacificamente passaram a recusar-se ao cumprimento dos mandados, sem o pagamento prévio das despesas diligenciais, de modo que a MM Juíza titular da 1ª Vara, propensa àquele recentíssimo acerto jurisprudencial, e acolhendo o reclamo deles, pôs-se a determinar a efetivação do depósito, previamente a cada ato.

Em face de tal despacho, e baldadas algumas tentativas de pedido de reconsideração, crendo-o ilegal e sendo inviável a concretização do pagamento anteriormente a cada ato, afora o risco de, calada, abrir-se um precedente de proporções incalculáveis, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo apresentou, no período de maio a dezembro de 1997, cinquenta e três agravos de instrumento, cuja disseminação temporal e elevado número, propiciou ser o tema apreciado, no período de novembro de 1997 a abril de 1998, pelas nove Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça.

Em termos estritamente numéricos, os cinquenta e três agravos foram assim distribuídos:

Paulo, Doutor Carlos Nunes Neto.

44. Veja-se nota 34. Provocada à mesma matéria, também em sede administrativa, no Recurso Administrativo do Pedido de Providências (Proc. n. 1.022/98), oriundo da Comarca de Avaré, cujas convincentes e exaustivas razões foram elaboradas pelo Procurador do Estado Doutor Luiz Rozatti (*Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33, p. 330-331, maio/jun. 1999), reafirmou a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo aquela orientação, ao reformar a decisão do Juiz Corregedor Permanente da 2ª Vara Judicial

- 1ª Câmara: seis agravos
- 2ª Câmara: sete agravos
- 3ª Câmara: três agravos
- 4ª Câmara: oito agravos
- 5ª Câmara: dois agravos
- 6ª Câmara: oito agravos
- 7ª Câmara: quatro agravos
- 8ª Câmara: seis agravos
- 9ª Câmara: nove agravos.

Quanto ao resultado propriamente dito, os cinqüenta e três agravos foram assim julgados:

- 1ª Câmara: seis agravos, todos providos
- 2ª Câmara: sete agravos, cinco providos, um prejudicado e um não conhecido pelo relator
- 3ª Câmara: três agravos, todos providos
- 4ª Câmara: oito agravos, todos providos
- 5ª Câmara: dois agravos, todos providos
- 6ª Câmara: oito agravos, quatro providos, um improvido e três prejudicados
- 7ª Câmara: quatro agravos, três improvidos e um indeferido liminarmente pelo relator
- 8ª Câmara: seis agravos, cinco providos e um não conhecido
- 9ª Câmara: nove agravos, seis providos e três improvidos.

Visando a uma elucidação mais palpável e envolvente da exata posição do Tribunal de Justiça, apresenta-se, a seguir, o quadro completo⁴⁵ acerca dos agravos interpostos:

Agravos interpostos pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra decisões da 1ª Vara da Comarca de Ubatuba – SP.

Assunto: Pagamento prévio das diligências dos Oficiais de Justiça

Mostrado com objetividade isenta o quadro recursal, passa-se ao desfile

– ainda que de forma concisa e despreocupada da identificação dos julgados, e sem derramar-se em comentários de mérito⁴⁶, exceto para fazer alguma observação estritamente necessária – dos principais fundamentos veiculados nos acórdãos, separando-os, segundo a seguinte diretriz:

- A** – agravos prejudicados.
- B** – agravos não conhecidos.
- C** – agravos indeferidos liminarmente.
- D** – agravos improvidos.
- E** – agravos providos.

A – agravos prejudicados (quatro agravos): Este item não traz nenhuma discussão inerente ao assunto, uma vez que todos os agravos foram tidos por prejudicados em razão de a magistrada, recebendo a notícia do recurso, retratar-se, de modo a, previamente ao julgamento deles, estar alcançado o propósito recursal.

Agravada	N. do Processo em 1ª Inst.	N. do Agravo	Data do Julg.	Resultado	Câm. Julgad./Relator
M.H.AL. & Cia. Ltda.	087/96	67.276-5/7	03.02.98	provido - v.u.	1ª Demostenes Braga
IML. & L. Ltda.	275/97	64.537-5/7	03.02.98	provido - v.u.	1ª Carlos de Carvalho
M.C.L.	169/97	64.542-5/0	02.12.97	provido - v.u.	1ª Cauduro Padim
P.P.M. Ltda.	236/96	67.497-5/5	03.02.98	provido - v.u.	1ª Nigro Conceição
A.D.P. Ltda.	271/97	64.544-5/9	25.11.97	prejud. - v.u.	2ª Alves Bevilacqua
S.C.	199/97	67.487-5/0	05.02.98	provido - v.u.	2ª Alves Bevilacqua
H.I.C.C. Ltda.	162/97	67.283-5/9	05.02.98	provido - v.u.	2ª Alves Bevilacqua
L.H.M.	167/97	34.538-5/1	10.02.98	provido - v.u.	2ª Corrêa Viana
N.W.C.R. Ltda.	217/97	67.492-5/2	05.02.98	provido - v.u.	2ª Corrêa Viana
Y.G.D. Ltda.	364/96	71.997-5/1	17.03.98	provido - v.u.	2ª Vanderci Álvares
G&JR C.M.C. Ltda.	272/97	67.498-5/0	10.03.98	provido - v.u.	2ª Ortherer Guedes
R.R.P. Ltda.	085/93	64.530-5/5	02.12.97	provido - v.u.	3ª Ribeiro Machado
S.L. Ltda.	120/96	71.996-5/7	10.03.98	provido - v.u.	3ª Viseu Júnior
H.I.C.C. Ltda.	201/97	64.534-5/3	22.12.97	provido - v.u.	4ª Clímaco de Godoy
P.H.U. Ltda.	365/96	67.488-5/4	22.12.97	provido - v.u.	4ª Clímaco de Godoy
J.M.I. & Cia. Ltda.	200/97	67.493-5/7	05.02.98	provido - v.u.	4ª Eduardo Braga
M.B.F.	367/96	71.998-5/6	05.03.98	provido - v.u.	4ª Eduardo Braga

da Comarca de Avaré.

45. Aproveita-se desta passagem, para agradecer-se à inestimável ajuda – consistente na elaboração do quadro, auxílio nas pesquisas preliminares e digitação do trabalho – empreendida pela ex-estagiária Mara de Brito Filadelfo e pelo ex-estagiário Marco Antônio Dacorso, da Pro-

Agravada	N. do Processo em 1ª Inst.	N. do Agravado	Data do Julg.	Resultado	Câm. Julgad./Relator
P.A.S.U.	225/97	67.277-5/1	22.12.97	provido - v.u.	4ª Jacobina Rabello
S.M.S.U. Ltda.	064/96	67.490-5/3	19.03.98	provido - v.u.	4ª Nelson Schiesari
E.M.D.U.U.	369/96	67.273-5/3	05.02.98	provido - v.u.	4ª Soares Lima
S.L. Ltda.	335/96	67.475-5/5		provido - v.u.	4ª Viana Santos
R.B. Ltda.	57/96 e AP	67.494-5/91	05.02.98	provido - v.u.	5ª Alberto Gentil
P.A.S.U.	111/95	64.532-5/4	19.04.98	provido - v.u.	5ª Ralpo Oliveira
H.T.H. Ltda.	021/88	64.535-5/8	24.11.97	negado - v.u.	6ª Ferreira Conti
J.I.E.P.A. Ltda.	273/97	67.274-5/8	22.12.97	prejud. - v.u.	6ª Ferreira Conti
J.F.M. Jr.	198/97	64.543-5/4	30.04.98	prejud. - v.u.	6ª Telles Corrêa
S&M Ltda.	076/95	64.531-5/0	23.04.98	prejud. - v.u.	6ª Valim Belochi
A.F.O.U. Ltda.	113/97	71.995-5/2	02.03.98	provido - v.u.	6ª Afonso Faro
T.B.R.L.D. Ltda.	108/95	64.539-5/6	15.12.97	provido - v.u.	6ª Afonso Faro
D.M. Ltda.	Set./95	67.275-5/2	03.03.98	provido - v.u.	6ª Oliveira Santos
C.S.C.M.C. Ltda.	34/96 e AP	67.473-5/6	16.02.98	provido - v.u.	6ª Valim Belochi
A.S. Ltda.	270/97	67.269-5/6	14.01.98	ind. liminarm.	7ª Guerrieri Rezende
M.M. Ltda.	038/93	67.474-5/0	16.04.98	negado - v.u.	7ª Albano Nogueira
S.M.S.U. Ltda.	218/97	67.484-5/6	22.12.97	negado - v.u.	7ª Barreto Fonseca
M.B.F.	224/97	67.489-5/9	16.02.98	negado - v.u.	7ª Sérgio Pitombo
M.S. Ltda.	087/93	67.485-5/0	04.03.98	não conhecido	8ª Antonio Villen
G&O Ltda.	140/96	71.999-5/0	31.03.98	provido - v.u.	8ª Antonio Villen
M.C.A. Ltda.	062/96	67.281-5/0	26.02.98	provido - v.u.	8ª Celso Bonilha
M.C.L.	13/89 e AP	67.483-5/1	26.02.98	provido - v.u.	8ª Celso Bonilha
M.U.I.C.M. Ltda.	010/92	64.528-5/6	03.12.97	provido - v.u.	8ª De Santi Ribeiro
R&N.M.C. Ltda.	010/93	67.280-5/5	11.03.98	provido - v.u.	8ª Toledo Silva
S.S.O.	081/92	64.533-5/9	26.11.97	negado - m.v.	9ª Gonzaga Franceschini
A.T.G.E.O.	054/92	67.272-5/9	19.12.97	negado - m.v.	9ª Ricardo Lewandowski
J.P.	095/97	64.526-5/7	03.12.97	negado - m.v.	9ª Ricardo Lewandowski
L.T.C.I.R. Ltda.	96/88 e AP	67.279-5/9	04.02.98	provido - m.v.	9ª De Santi Ribeiro
C.U.M.C. Ltda.	269/97	64.527-5/1	19.12.97	provido - m.v.	9ª De Santi Ribeiro
B.C.R. Ltda.	355/96	67.278-5/6	19.12.97	provido - m.v.	9ª De Santi Ribeiro
T.B.R.I.D. Ltda.	260/97	67.499-5/4	09.03.98	provido - m.v.	9ª De Santi Ribeiro
R.R.P. Ltda.	257/97	67.491-5/8	04.03.98	provido - m.n.	9ª Rui Cascaidi
M.M.Y.M.E.	363/96	67.496-5/0	04.02.98	provido - m.v.	9ª Yoshaki Ichihara

Câmara Julgadora	1ª	2ª	3ª	4ª	5ª	6ª	7ª	8ª	9ª	Total
Providos	6	5	3	8	2	4	–	5	6	39
Negados	–	–	–	–	–	1	3	–	3	7
Ind. liminarmente	–	–	–	–	–	–	1	–	–	1
Não conhecidos	–	1	–	–	–	–	–	1	–	2
Prejudicados	–	1	–	–	–	3	–	–	–	4
Total	6	7	3	8	2	8	4	6	9	53

B – agravos não conhecidos (dois agravos): Enquanto um agravo não foi conhecido por falta de um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade, qual seja, não foi indicado, como exige o artigo 524, III, do Código de Processo Civil, o nome do advogado da parte contrária, do outro, não se o conheceu, dada sua inadmissibilidade, por entrar em confronto com a Súmula n. 190, à vista do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil.

C – agravos indeferidos liminarmente (um agravo): De plano, pelo relator foi negado seguimento ao agravo, pois, por força do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, deve prevalecer a Súmula n. 190, do Superior Tribunal de Justiça.

D – agravos improvidos (sete agravos): Tirante a aceitação do predomínio da Súmula n. 190 – novidade à época dos julgamentos –, expressamente frisada em três acórdãos, os demais argumentos apresentados es-pelham, de certa forma e como não poderia deixar de ser, uma similitude com os mesmos aspectos que já foram assinalados, ao correr deste trabalho (especialmente nos itens II e III), nas transcrições jurisprudenciais.

A tese predileta, tanto pela recorrência, de seis acórdãos, que a sufragou, quanto pela severidade com que foi exposta, põe-se em que, para além de não ser razoável, inexistente na legislação pátria – seja no artigo 39 da Lei n. 6.830/80, seja no artigo 27 do Código de Processo Civil – comando a determinar “que o serventuário da justiça retire de sua remuneração – que é paga pelo próprio Estado – as quantias necessárias ao pagamento das despesas com condução para o exercício de suas funções, para vir a recebê-las depois” (Gonzaga Franceschini), posição a que pode aderir a de que “não é justo que o próprio funcionário arque com as despesas que venham a favorecer à agravante, tirando do seu bolso o correspondente à diligência que será necessária

curadoria Regional de Taubaté.

46. Abstém-se o autor de inserir comentários de mérito, a não ser os estritamente indispensáveis, porquanto a finalidade precípua deste capítulo é mostrar, com a máxima isenção possível, a posição da corte paulista sobre o assunto, no que, aliás, diferencia-se de outros trabalhos sobre jurisprudência, cujo propósito está em resenhar uma crítica aos acórdãos. De mais a mais, como o autor foi também subscritor dos agravos ensejantes dos ditos acórdãos, crê ele que soaria deselegante e incivil pôr-se a, de público, embora dirigido a um público restrito e habituado ao diálogo racional dos debates, criticá-los; portanto, limita-se a, com explicações

realizar” (Ferreira Conti).

Retoma-se de modo implícito o problema da ausência de lei a favorecer o Estado, na afirmativa de que a isenção de pagamento, outorgada pela Lei paulista n. 4.952/86, restringe-se à taxa judiciária, não albergando as despesas com diligências dos oficiais de justiça.

Concebeu-se também uma diferença entre as despesas de que a Fazenda do Estado está isenta, as despesas processuais – “gastos feitos com o processo”, de conteúdo mais amplo, e as despesas de que a Fazenda do Estado não está isenta, as custas – “despesas relativas à expedição e movimentação dos feitos” –, de menor conteúdo e onde se inclui o dispendido com as diligências, de maneira a concluir-se que, sendo a isenção de “espécie certa e determinada do gênero ‘despesas processuais’” (Ferreira Conti), descabe a interpretação extensiva.

Com todo o respeito aos respectivos prolores, esses dois últimos enfoques exegéticos não têm a mínima conotação com a hipótese vertida, em que não se estava a pedir a isenção de pagamento, e sim, simplesmente a sua postergação, equivalente à isenção de antecipação de pagamento, coisa muito diversa e sem o gravame permanente sugerido.

Finalmente, foi salientado que, apesar de estar amparada em lei especial, a lhe conferir uma “posição vantajosa”, a Fazenda do Estado “não se libera, por completo, do mencionado encargo de estar em juízo”, devendo, enquanto parte processual suportar “quanto ao que lhe importa e cabe” (Sérgio Pitombo), por não estar totalmente imune dos ônus da demanda.

E – agravos providos (trinta e nove agravos): Uma constatação inicial de quase unanimidade, embora providos, a grande maioria desses acórdãos descarta, implícita ou explicitamente, a idéia de que o artigo 39 da Lei n. 6.380/80 está a liberar a Fazenda Pública do Estado de antecipação referente às diligências, no sentido de que, como se poderia inferir da letra do dispositivo, pagará somente ao término da execução fiscal.

Abrandando esse frio rigor legal, traça-se uma interpretação apaziguado-

ra: “antecipação de despesas de diligências não significa necessariamente o desembolso antes de seu efetivo cumprimento, mas sim a responsabilização do pagamento pela parte interessada antes de findo o processo, independentemente da responsabilidade pelo ressarcimento decorrente do princípio da sucumbência” (De Santi Ribeiro), mesmo porque, foi lembrado outrora e alhures, “não há certeza da realização dos atos determinados” pelo juiz, ademais de os mandados gratuitos – os expedidos de ofício, os requeridos pelo Ministério Público, os de interesse de beneficiário da assistência judiciária e os referentes a certos processos (criminais, de jurisdição de menores, acidentes de trabalho etc.) – também serem, por força da competente lei estadual, indenizados posteriormente

Realmente, de todos os acórdãos providos, somente um declara, inequivocadamente e com inabalável absolutez, que “a Fazenda Pública não está sujeita a prévio depósito da condução do oficial de justiça, a teor do artigo 39, da Lei de Execuções Fiscais, que impõe o dever de ressarcimento no caso de sair vencida” (Ralpho Oliveira).

Entretanto, aquele entendimento amplamente majoritário não se sustenta sozinho – nem poderia sustentar-se sozinho –, ou seja, não se encerra naquela análise isolada da lei execucional, buscando, para conseguir uma aplicação efetiva e concreta, de modo a permitir a interpretação atenuada da lei, sua complementação, agora com plena unanimidade, no provimento CGJ 1/86 (inseto no Cap. VI, itens 28 e 29, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça), que instituiu, para a Fazenda do Estado e para as Fazendas Municipais interessadas, o sistema da relação mensal de mandados cumpridos: “deste modo, não está o senhor oficial de justiça obrigado a esperar até o final do processo para receber as despesas de condução, respeitado o princípio da antecipação das despesas necessárias, recebendo-as logo ‘no mês seguinte ao do cumprimento de mandados’, nos termos do item 29, das referidas Normas de Serviço” (Rubens Elias – voto vencido).

A par de, em destaque por vários acórdãos, enaltecer-se a proficiência do Provimento – pelos bons resultados obtidos, por vir sendo regularmente

atendido e por ter dado “solução razoável às controvérsias que havia a respeito da aplicação das normas legais já referidas” (Antonio Villen) –, frisa-se, como consequência, que não deve, agora, ser abandonado, porque “não se justifica que deixe de ser aplicado, desestruturando o sistema implantado e que vem funcionando a contento há mais de dez anos” (Celso Bonilha), ou, como, com ênfase numérica, mostra-se seu bom desempenho: “ademais, o sistema implantado desde a década de 1980 funciona satisfatoriamente mesmo nos Anexos das Execuções Fiscais da Comarca da Capital, onde tramitam cerca de 4 (quatro) milhões de processos de execução” (Yoshiaki Ichihara).

Em resumo, prefere-se, à literalidade do artigo 39 da Lei n. 6.830/80, que conduziria ao injusto destempero de o oficial de justiça sujeitar-se ao recebimento tardio do dinheiro dispendido, no aguardo do fim da execução fiscal, a atenuação dessa severidade legal, através da resposta intermediária do Provimento, “onde há a compatibilização do interesse do oficial de justiça e a possibilidade de cumprimento por parte do Estado” (Yoshi Ichihara). Em obediência às determinações do Provimento, de pagamento mensal com a apresentação, devidamente comprovada, de mapas dos mandados efetuados, cria-se um tipo mitigado de ressarcimento posterior, muito bem sintetizado na idéia de que, conquanto não antecipe, a Fazenda do Estado, “a rigor, não posterga e nem deixa de pagar” (Afonso Faro).

Assim, o Provimento CGJ 1/86 conserva o direito ao pagamento das despesas decorrentes da realização dos mandados, “preservando o princípio da antecipação das despesas de diligências” (Ortterer Guedes), pois o oficial de justiça não fica a aguardar o recebimento, até o findar do respectivo processo fiscal:

“Dessarte, a Fazenda do Estado não se nega a pagar as despesas efetuadas pelos oficiais de justiça. Apenas cumpre esse encargo segundo a regulamentação legal estabelecida pelo Tribunal de Justiça e pela Corregedoria Geral da Justiça, considerando as disposições orçamentárias da Fazenda do Estado e resguardando o direito ao pagamento das despesas judiciais em favor do servidor da justiça” (Ribeiro Machado).

A jurisprudência sob estudo distingue também, e com esmero, como não poderia deixar de fazê-lo, a convalidação daquele provimento, a afiançar-se em dois vetores: de um lado, celebra suas utilidade e conveniência, enquanto o sistema por ele adotado dribla as dificuldades que cercam o pagamento das contas do Estado, facilitando o reembolso das despesas de condução, e de outro lado, proclama-lhe a validade jurídica, por estar em sincronia com a legislação pertinente (art. 39 da Lei n. 6.830/80, art. 27 do Código de Processo Civil e art. 3º da Lei estadual n. 4.952/85) e porque, quanto à Súmula n. 190, do Superior Tribunal de Justiça – lançada quase simultaneamente à interposição dos agravos e portanto já vigorante à época dos julgamentos todos –, é, para o caso, por alguns acórdãos contestada, por outros é tida em harmonia com a regulamentação estadual e, finalmente, certos acórdãos simples e solenemente a ignoram.

É fato notório que os pagamentos a serem efetuados pela Fazenda Pública seguem um complicado regime burocrático⁴⁷, imposto na necessidade de defesa do dinheiro público, pelas rígidas disposições orçamentárias – fases de prévio empenho, liquidação e ordem de pagamento –, com a liberação a dar-se somente após a realização efetiva da despesa correspondente, de modo que, em princípio, já estaria, no domínio das normas de direito financeiro, vedada a possibilidade de antecipação dos gastos das diligências, aspectos que, com singular exatidão, assinalou um dos acórdãos:

“Antes da edição do referido Provimento, os ilustres juízes da ‘equipe de correições’ já alertavam, com toda propriedade, que ‘de modo geral, em razão do sistema de contabilidade pública, ao empenho da verba deve proceder comprovação da despesa, sujeita à apreciação do Tribunal de Contas. Daí decorre a impossibilidade de as Fazendas Públicas adiantarem o valor de despesas não efetuadas’. E ainda destacavam que ‘não se despreza o entendimento de que obrigatório o adiantamento. Cabe, porém, ponderar que os óbices invocados pelas Fazendas Públicas são reais e sua superação reclamaria alteração legislativa, o que demandaria tempo e emperraria o andamento de ações de seu interesse. Ante tal impossibilidade, como impor de imediato o adiantamento?’” (Celso Bonilha).

Deveras, somente seria viável o adiantamento das despesas com as diligências dos oficiais de justiça se, conforme estabelece o artigo 68 da Lei n. 4.320/64 – normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos de balanços públicos –, houvesse, e não a há, previsão legal específica a autorizá-lo, a dessumir-se da lição de José Afonso da Silva:

“Por isso, a lei previu o ‘regime de adiantamento’, modo pelo qual se compromete recursos em despesas ainda não compromissadas. É aplicável – diz a lei – aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a ‘servidor sempre precedida de empenho na dotação própria’ para o fim de realizar despesas que não possam subordinar ao processo normal de aplicação.”⁴⁸

Mesmo assim, quer-se dizer, mesmo com autorização legislativa a conferir o adiantamento, não estaria eliminado o empecilho prático, bem lembrado, neste acórdão: “como argumentos fáticos que determinaram a regra retrotranscrita, nas Normas de Serviços da Egrégia Corregedoria, está a impossibilidade de o Estado remeter a todas as Comarcas verbas destinadas ao adiantamento das despesas processuais” (Yoshiaki Ichihara).

Por este e por aqueles ângulos apreciada a questão, percebe-se claramente que o Provimento CGJ 1/86, sabiamente atento à complexidade do pagamento das contas dos entes públicos, e sem desmerecer o direito à recomposição dos oficiais de justiça, solucionou-a com exemplar capacidade e talvez da única forma legalmente plausível, à medida que “não se trata de isenção da antecipação de despesas de condução concedida à Fazenda Pública, mas, ao contrário, de sistema de implementação e operacionalização do prévio pagamento, reconhecido, mediante ressarcimentos

adicionais, completar-lhes o sentido.

47. Que de ingênuo e de alienado não se tache este autor! O reverso da medalha está retratado em editorial de *O Estado de São Paulo*, onde, em alusão a fabuloso desvio de fabulosos recursos públicos, ironiza-se a severa e cautelosa fiscalização, pelos diversos órgãos competentes, da aplicação dos dinheiros públicos: “o inútil ‘turismo’ do papelório que ninguém real-

mento com a entrega mensal aos órgãos administrativos e fazendários da relação dos mandados cumpridos no mês para posterior reembolso no mês seguinte” (Cauduro Padin).

Tem-se, portanto, por essa fórmula, um prazo razoável de pagamento das despesas feitas com o cumprimento dos mandados do mês anterior, prazo que não excede a trinta dias e que regularmente está aquém do momento do desfecho do processo: “essa demora para o recebimento das diligências não se mostra desarrazoada em se tratando da Fazenda Pública, significando, de qualquer forma, uma antecipação em face da data em que o processo normalmente se findaria. Não é a ideal, mas é a antecipação possível face às dificuldades orçamentárias, decorrentes da necessidade do empenho da verba, acima apontadas, que não podem ser desprezadas” (Rui Cascaldi).

Alerta-se que, a não ser dessa maneira, isto é, a admitir-se, marginalizando o Provimto, a linha interpretativa de que a cada diligência dos oficiais de justiça obriga-se a Fazenda do Estado ao adiantamento dos respectivos gastos, estar-se-ia, em detrimento da prestação jurisdicional pleiteada em nome do interesse público secundário na cobrança tributária, erguendo-se uma estranha condição de sua relativa intransponibilidade: “além disso, deve ser respeitada a peculiaridade das entidades estatais, as quais, por sua estrutura, encontram-se impedidas de rápida antecipação de despesas, acarretando, sua exigência, entraves incontornáveis ao atendimento do interesse público buscado, dificultando, outrossim, a solução dos litígios” (De Santi Ribeiro).

Por essas razões – para evitar-se o atraso ou a paralisação das execuções fiscais e por haver orientação normativa que, a contento, dispõe a respeito –, admoestou-se ser “injustificável qualquer resistência em sentido contrário por parte do servidor e tampouco ao alvitre do magistrado, retardando injustificadamente atos da Administração da Justiça essenciais ao próprio Estado, como é o andamento da execução fiscal”, de forma

mente verifica”(Os pseudocontroles da burocracia, de 16.7.2000).

que, “na hipótese de eventual demora no reembolso do crédito em favor do meirinho, após o cumprimento das diligências, resta-lhe a faculdade de postular perante a Corregedoria observância das Normas implantadas quanto à disciplina da matéria (...)” (Demóstenes Braga).

Ainda dentro dessa concepção interventiva, sugere-se que, inexistindo interesse da outra parte, de vez que o problema afeta apenas o oficial de justiça, nem havendo requerimento dela pedindo o pagamento prévio da diligência, a postura judicial correta seria a de que, ao invés do despacho ordenatório do recolhimento antecipado, ao magistrado, “nada lhe custaria, se entendesse errada a Corregedoria Geral da Justiça, ter solicitado orientação a respeito, pleiteando quiçá alteração do Provimento” (Scarance Fernandes).

Testemunha-se mesmo que, pelos eficientes resultados alcançados, o sistema introduzido pelo Provimento está a angariar um adepto, antes, arrisque-se a dizer, sabidamente recalcitrante: “Registre-se, finalmente, que também a Fazenda Nacional, aderiu à nova sistemática de pagamento de diligências dos oficiais de justiça deste Estado, consubstanciada no Provimento n. 1/86, a partir do último mês de outubro de 1997, em caráter experimental e em algumas comarcas do interior, com pagamento trimestral, através de mapas próprios” (Vanderci Álvares).

Visto que, considerando o Provimento CGJ 1/86 em si mesmo, a jurisprudência estudada desenhou-lhe uma moldura, sem fenda ou fragmento algum, de sua evidente serventia, traduzida em ser útil, conveniente e convincente no trato do problema, resta verificar como pautou-se a fundamentação jurisprudencial no exame da relação extrínseca desse Provimento – cuja validade jurídico-legal, já se o acenou, foi consagrada por consenso absoluto dos acórdãos providos –, ou seja, em seu confronto com a legislação pertinente e com a Súmula 190, do Superior Tribunal de Justiça.

Em meio ao silêncio, porque a grande maioria desses acórdãos não se manifestou direta e expressamente sobre a legislação, somente dois deles destacam especificamente, e sem motivação marcante, tal aspecto, ambos compartilhando do parecer de que o Provimento está com ela afinado.

Um, embora negando a prerrogativa processual fazendária à isenção do pagamento, mas ressalvando que o Provimento, ao prever o pagamento mensal, está a preservar o princípio da antecipação das despesas de diligências, conclui que “as disposições das referidas normas resolvem a questão, sem ferir a sistemática processual vigente” (Oetter Guedes); e o outro, ainda que entendendo não estar a Fazenda Pública legalmente dispensada do pagamento das despesas, frisa que o Provimento, por prever o pagamento mensal delas, está “em perfeita harmonia, não só com o disposto no artigo 39, da Lei das Execuções Fiscais, mas também com aquilo que dispõe a Lei Estadual n. 4.476/84” (Alberto Gentil).

Quanto à Súmula n. 190 – “Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça” –, do Superior Tribunal de Justiça, a fundamentação dos acórdãos, ao contrário, matizou-se regiamente, pelas três vertentes concebíveis: entre si conflitantes, mas todos concordes na incolumidade do Provimento CGJ 1/86, acórdãos desdenharam-na, acórdãos penderam pela conformidade do Provimento com a Súmula e acórdãos a rejeitaram, em favor do Provimento.

Pela visão harmônica, decidiu-se que, em face do sistema de pagamento mensal adotado pelo Provimento, “não resta malferida a Súmula n. 190, do Colendo Superior Tribunal de Justiça” (Vallim Bellocchi), posição a reforçar-se com o argumento, na trilha da interpretação atenuada do artigo 39 da Lei n. 6.830/80, de que com ela o Provimento “não apresenta nenhuma incompatibilidade”, por não retardar o pagamento das despesas para o término da execução fiscal (Yoshiaki Ichihara), ou simplesmente porque, “a exemplo do que dispõe a Súmula n. 190, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o item 28, do Capítulo VI, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, não dispensa a Fazenda Pública do pagamento das despesas de condução do oficial de justiça” (Alberto Gentil).

De outra banda, e por derradeiro, confira-se o teor central dos acórdãos que repelem a Súmula n. 190, os quais, apesar de tolerarem a direção por

ela aconselhada, fundam essa inaceitabilidade, principalmente, na circunstância, a provir de causas diversas, porém conciliáveis e cumulativas, de sua inaplicabilidade para o caso da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

De primeiro, marque-se, em respeito ao princípio da hierarquia das normas de direito positivo, uma colocação de grandeza constitucional que, com base na existência de um ‘espaço legislativo autônomo’ – a competência da organização judiciária dos Estados federados –, afastaria a submissão ao preceito sumular:

“E, não há falar-se em supremacia da Súmula 190 do Superior Tribunal de Justiça, quando a própria Carta Magna outorga aos Estados a organização da Justiça local (art. 125, *caput*, da CF). Possível, assim, no caso, à Egrégia Corregedoria Geral deste Estado, regulamentar a forma de ressarcimento das despesas dos oficiais de justiça no cumprimento dos mandados de interesse da Fazenda Pública” (Vanderici Álvares).

Em segundo lugar, enfoca-se uma perspectiva que, com certa liberdade expressional, pode ser chamada de falta de pertinência subjetiva passiva: a Fazenda Pública do Estado de São Paulo não é, com certeza, a destinatária do enunciado da Súmula n. 190, à medida que nenhum dos julgados que fomentaram a sua edição, teve-a como parte: “e, em todos os precedentes conhecidos, há o envolvimento ora de Municipalidades deste e de outros Estados, ora a Fazenda Pública de outros Estados, ou ainda, a Fazenda Pública Federal, naqueles feitos que correm pela Justiça Estadual (v. g. previdenciárias): jamais feitos de interesse da Fazenda do Estado de São Paulo” (Vanderici Álvares). A essa advertência, perfilada também por outros acórdãos, aduz-se, em subsídio suplementar à tese, que a edição da Súmula n. 190 originou-se de incidente de uniformização de jurisprudência levantado em processo da Fazenda Pública do Município de Carapicuíba, “de sorte que nada recomenda sua aplicação nas execuções fiscais promovidas pela Fazenda do Estado de São Paulo” (Celso Bonilha).

Com efeito, neste passo convém relembrar⁴⁹ que, em autêntico atestado

de sua inempregabilidade à Fazenda Pública paulista, um dos votos proferidos naquele incidente, o do Ministro José Jesus Filho, observava que, ‘de há muito’ este Estado já adiantava as despesas de condução.

Como convém ressaltar que, reduzindo ainda mais o âmbito de alcance da Súmula, disse um dos acórdãos: “Não se justifica, em decorrência, a alteração do sistema, em função de casos concretos, por força de uma orientação que, a rigor, tem aplicação à Justiça Federal, na qual não havia nenhuma regulamentação da matéria e as diligências somente eram ressarcidas quando do encerramento do processo” (Nigro Conceição).

Ligado a esse último tópico, e o complementando, traga-se a terceira razão da inaplicabilidade da Súmula, cujo cerne timbra-se em que a exigência de antecipação por ela determinada deve ser compreendida em relação ao término do processo e não em função de cada diligência isoladamente: “a aludida Súmula quando se refere à antecipação do numerário, está a dizer que o pagamento não poderá ser efetuado somente no final do processo, portanto, o Provimento 1/86, da Corregedoria Geral da Justiça, não contraria àquela, pois possibilita ao Estado que efetue, mensalmente, as despesas dos Oficiais de Justiça” (Viana Santos), colocação assim retomada em outro julgamento: “(...) deveria ser respeitado o Provimento da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, mesmo porque a Súmula n. 190 do Superior Tribunal de Justiça foi editada em caso da recusa de pagamento das custas antes do término do processo” (Scarance Fernandes), ambos os acórdão a, subentendidamente, denotarem a adesão à exegese atenuada do artigo 39 da Lei n. 6.830/80, já devidamente explanada no início deste item (E).

Por essa mesma diretriz, terceiro acórdão, sem repelir completamente a súmula em apreço, ressalva, entretanto, porque atento às circunstâncias locais, que sua incidência deve ser encarada com certo discernimento:

48. José Afonso da Silva, *Orçamento-programa no Brasil*, p. 340-341.

“Contudo, cabe, no caso, interpretação *cum grano salis*. Antecipar não está, no caso específico, sob exame, em comarca de pequena extensão territorial e fácil locomoção dos agentes, no sentido de preceder à citação mesma, mas sim de não poder o pagamento se dar no final do processo” (Soares Lima).

Em quarto lugar, o refutamento da aplicação da Súmula 190 fulcra-se na precedência temporal do Provimento CGJ. 1/86, o qual, por ter elaborado, anteriormente a ela, normas administrativas sobre a matéria, por expressa determinação do artigo 3º da Lei paulista n. 4.952/85⁵⁰, as quais vêm sendo corretamente seguidas pela Fazenda do Estado, deve prevalecer:

“Portanto, não há qualquer recusa da agravante, com relação ao pagamento das referidas diligências. Acontece que a norma acima mencionada já havia regulamentado tal serviço, mesmo antes da edição da Súmula n. 190, do Eg. STJ.” (Eduardo Braga).

Em quinto e último lugar, como síntese de todos os argumentos tendentes a negar a incidência da Súmula, tem-se que, “como no Estado de São Paulo há norma regulamentadora do pagamento das despesas, inaplicável a Súmula n. 190 do colendo Superior Tribunal de Justiça” (Toledo Silva), afastando-se mesmo a vicissitude de o Provimento CGJ 1/86 ter sido por ela molestado: “as normas que disciplinam esse regime próprio para o pagamento das despesas processuais a cargo da Fazenda Estadual não podem ser tidas como revogadas ou sub-rogadas pela Súmula n. 190 do Superior Tribunal de Justiça” (Ribeiro Machado).

Ao fim, subsiste uma incógnita: como reagirá, a todas estas colocações confluentes na rejeição à Súmula n. 190, o Superior Tribunal de Justiça, quando, e se, instado a manifestar-se acerca da questão?

Assim e aqui termina-se.

Espera-se ter conseguido o intento almejado: o de, de forma pretensamente imparcial, procurar-se, com constante e contínua recorrência aos acórdãos dos agravos epigrafados, dimensionar, a partir de uma retrospectiva histórica, a presente posição do Tribunal de Justiça de São Paulo so-

bre esta matéria, tão avara ao primeiro lance d'olhos, quanto rica em seus desdobramentos, intensificados em todas as nuances e minudências jurídicas e factuais, exaustivamente debatidas no conjunto de casos apresentados.

Em Tremembé (cidade de), aos 15 de agosto de 2000

BIBLIOGRAFIA

ANDRÉ, Bruno Afonso de. *O novo sistema de custas judiciais*. São Paulo: Saraiva, 1987.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado e de hermeneutica juridica*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, s. d.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v.1, tomo 1.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

FIDA, Orlando. *Prática e jurisprudência da execução fiscal*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1980.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Jurisprudência das execuções*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

49. Veja-se o capítulo III, p. 377.

50. Artigo 3º da Lei n. 4.952/85: "O valor e a forma de ressarcimento das despesas de condução dos oficiais de justiça não incluídos na taxa judiciária serão estabelecidos pelo Corregedor-Geral da Justiça, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 19 do Código de Processo Civil, respectivamente."

- FRONTINI, Paulo Salvador. Crédito fiscal – Cobrança contra massa falida. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 29, p. 69, 1978.
- LOUREIRO, Raul. *Processo executivo fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830, de 22.9.80)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SILVA, José Afonso. Oficiais de justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 341, p. 48-87, mar. 1964.
- . *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação de execução fiscal e dos embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1.

E POR QUE NÃO A JUSTIÇA?

Pedro Lenza *

Sumário: 1 Delimitação do tema; 2 Justiça e a inveja; 3 Justiça e ordem; 4 Justiça e o modelo vertical de Burkert; 5 Justiça e o modelo horizontal de Burkert; 6 A justiça como vontade; 7 Alguns comentários finais; 8. Bibliografia.

* Mestrando da Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e do Pro Ordem – Centro de Estudos Jurídicos. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Coordenador da Unidade Pinheiros da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Advogado em São Paulo.

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Como trabalho de final de semestre no curso de pós graduação da Faculdade de Direito da USP, os Professores Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Nelson Ferreira de Carvalho propuseram a elaboração de um ensaio intitulado “*E por que não a justiça?*”¹

Esse tema, cuja amplitude e complexidade ainda instigam este autor, voltou a ser repensado em tempos mais recentes e, na medida em que as conclusões ainda permanecem incertas, resolveu-se resgatá-lo, a fim de que se pudesse despertar um amplo debate perante a comunidade acadêmica e jurídica.

Não se tem qualquer pretensão de esgotar o assunto, mesmo porque está-se diante de dilema que vem tentando ser resolvido desde que o ser humano se conhece por tal, intensificando-se a partir do momento em que passa a viver em sociedade.

Pede-se escusas, desde já, por eventual impropriedade ou atecnicismo jusfilosófico, principalmente em razão da área de concentração de estudos deste autor, qual seja, o direito processual e o direito constitucional.

Pois bem, depois de muito pensar, inundado de idéias e dúvidas as mais variadas, em razão da dimensão e complexidade do tema, resolveu-se socorrer, como ponto de partida, esquivando-se, propositadamente, do tema sugerido, tão complicado e imbricado, da definição e conceituação do estilo literário proposto. Tratava-se de um ensaio sobre a justiça.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira², dentre os vários sentidos denotativos do verbete *ensaio*, assevera ser um “estudo sobre determinado assunto, porém menos aprofundado e/ou menor que um tratado formal e acabado”.³

1. O curso daquele 2º semestre de 1997 foi denominado pelos professores de “O Direito e as Formas de Justiça”.

2. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário Aurélio*, 1ª ed., 12ª impressão, p. 532.

3. A palavra provém do francês, *essai*, que quer dizer: “*ouvrage littéraire en prose, de facture libre, traitant d'un sujet qu'il n'épuise pas ou réunissant des articles*” (Le Robert, Micro Poche, dictionnaire de la langue française, p. 478).

Optou-se, então, como forma de nortear a elaboração do presente trabalho, pela mais simples possível, na medida em que se trata de verdadeiro *ensaio* e não de uma monografia especializada e complexa sobre o tema da *justiça*. A forma proposta, portanto, ameniza o rigorismo científico, incentivando e despertando uma mais densa e frutífera meditação sobre o tema, que tanto tem preocupado os estudiosos, ao longo do tempo.

A outra conclusão inicial não se pode chegar, senão a de que o tema sugerido é, essencialmente, *zetético*, valendo-se das precisas palavras do Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao diferenciar a *zetética* da *dogmática*:

“*Zetética* vem de *zetein* que significa perquirir, *dogmática* vem de *dokein* que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação *acentua* mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas opiniões. O *zetético*, ao contrário, *desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas* têm uma função especulativa explícita e *são infinitas*. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque *zetético* visa a saber *o que é uma coisa*. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação.” (original sem grifos)⁴

Na realidade, ao que se pôde perceber, no fundo, o presente *ensaio* tem por objetivo e preocupação essencial a tentativa de se definir, de modo *zetético*, o conceito de *justiça*. *E por que não a justiça?* Por que algo é justo ou injusto? Por que agir de determinado modo é justo, e agir de maneira oposta é injusto? Será que o conceito de *justiça* somente pode ser

4. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, p. 41.

aprendido sob a perspectiva dogmática, ou seja, *dado A, deve-ser B e, em sendo B, ter-se-á a justiça?* Será que, no fundo, o que o julgador considera justo realmente o é?

Essas questões são infinitas. *Que é a justiça* perturba a todos.⁵ O termo justiça é utilizado em diferentes e infindáveis sentidos, sendo várias as formas de justiça, várias as teorias, os modelos para se tentar explicá-la.

No já citado curso de pós-graduação, intitulado “O direito e as formas de justiça”,⁶ foi apresentado um panorama límpido sobre o tema e a problemática de sua conceituação. Afinal das contas, que *é* ⁷ a justiça? Pode-se defini-la, ou afirmar a justiça de uma situação seria “*como dar um murro na mesa*”⁸

Posto esse breve intróito, localizada a temática central deste trabalho, chega-se, não mais se podendo fugir ou esquivar do tema central, ao clímax

-
5. “O conceito de justiça é, talvez, o mais disputado na literatura jusfilosófica de todos os tempos. Concentra, desde os primórdios do pensamento, as mais aceras controvérsias jurídicas. Definilo é uma empresa inesgotável, mas sempre renovada. Em diferentes planos, ora lançada nas dimensões ideais, de um alvo ético a perseguir, ora imiscuída na própria existência como uma tarefa constantemente realizada, ora apontada como um dado lógico da axiomática jurídica, a noção de justiça é um tema do qual, dogmática, crítica ou ceticamente, não se pode fugir.” (Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Do discurso sobre a justiça, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 72, p. 153, 1979)
 6. Relembre-se, ministrado pelos Professores Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Nelson Ferreira de Carvalho.
 7. “*é*” no sentido *zetético* de existir; a verdadeira essência do ser. O “deve-ser” a justiça é muito mais fácil de se perceber do que, na essência, o que é a justiça. Seria a busca da verdade? Mas o que é a verdade?
 8. Muitos autores têm considerado a justiça como algo *irracional* ou *emocional*, chegando a ser severamente criticados, ante a irracionalidade da definição, que sempre traz em seu íntimo a *exigência de um postulado absoluto*. Nessa linha, observa Mário Bigotte Chorão: “Tem (...) de rejeitar-se as teses que negam a possibilidade de conhecimento deste valor, que o reduzem a uma simples forma, vazia de conteúdo definido e objectivo, e que o colocam numa perspectiva subjectivista, relativista e historicista. É bem conhecido que muitos autores têm considerado a justiça como algo irracional ou emocional, p. ex., Kelsen (...) e Alf Ross; para este, invocar a J. é *como bater com os punhos na mesa*, e se alguém diz que é contrário a uma norma porque é injusta, deveria, mais correctamente, afirmar: ‘esta norma é injusta porque sou contrário a ela.’ O neopositivismo, de uma forma simplista, confina o império da razão ao domínio das verdades analíticas e fácticas e desterra para o reino do absurdo os juízos de valor, como se com estes nada tivesse que ver a razão humana” (ENCICLOPÉDIA Pólis-Verbo, p. 916, original sem grifos).

da discussão: enfrentar-se o tema da *justiça*, tentando conceituá-la racionalmente, *zeteticamente*, atribuindo-lhe um “ser”, deixando de lado premissas dogmáticas (seria possível?). Para tal, depois de muito pensar, resolveu-se discorrer sobre o tema, na busca de um conceito, valendo-se da *análise de casos reais*, vivenciados ou não.⁹

2 JUSTIÇA E A INVEJA

O primeiro caso a ser analisado é a possível relação entre *justiça* e *inveja*. O professor Tercio, lembrando a opinião de Helmut Schoeck¹⁰, assevera que este último “(...) vai buscar as fontes da justiça, enquanto sentimento de igualdade, na inveja. Em longa argumentação, tenta ele mostrar a relação existente entre a inveja e a própria vida social. A seu ver, ‘ser humano’ é, de um lado, em boa parte, equivalente a ‘ser invejoso’, não podendo subsistir nenhuma sociedade que faça depender sua organização da inveja. Por outro lado, a força civilizadora de uma sociedade depende também da sua capacidade de domar, de canalizar a inveja. Nós diríamos, racionalizá-la. É, nesses termos, que a inveja vai aparecer, na sua teoria, com uma função positiva no surgimento do sentimento de justiça enquanto exigência de igualdade”.¹¹

No modelo sugerido por Schoeck e relatado pelo Professor Tercio, a *inveja é imanente ao homem*. Onde houver sociedade, haverá a inveja. Seria, pois, um grande equívoco imaginar-se que, acabando com a desigualdade social, extinguir-se-ia, por completo, a inveja. *O ato de invejar transmutar-se-ia apenas de objeto*.

9. Utilizar-se-ão experiências vivenciadas, não só no dia-a-dia, mas, também, em razão da atuação deste autor como Juiz Conciliador do Juizado Especial Civil do Foro Regional de Pinheiros, da Comarca de São Paulo, bem como experiências da época em que trabalhou na Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), órgão da Procuradoria Geral do Estado, na prestação de serviços jurídicos aos necessitados, impossibilitados de contratar advogados privados.

10. Cf. *Der neid, eine theorie der gesellschaft*, München: Freiburg, 1966, cap. 14.

11. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Do discurso sobre a justiça, p. 163.

Talvez, essa tentativa de explicação antropológica da justiça chegou a ser verificada (de maneira analógica)¹², em uma das conciliações realizadas por este autor, em sua atividade como juiz conciliador, do Juizado Especial Cível de Pinheiros, Comarca de São Paulo:

“A” moveu ação contra “B” dizendo ter comprado dele uma Kombi, reclamando *não* ter este último lhe *entregue o bem adquirido*. Em audiência, tentando entender o pedido e a insatisfação de “A”, descobriu-se (*o próprio autor declarou*) que a Kombi *havia sido entregue*, em perfeito estado por “B”, e no prazo contratado. Diante dessa situação inusitada, tentou-se explicar a “A” que seria melhor se ele desistisse de sua pretensão, pois não teria mais nada a ser feito. Depois de muita paciência e muito conversar, babando de raiva, ira, ódio, “A” declarou: “eu não acho *justo*, ‘B’ que era tão pobre quanto eu, hoje estar bem de vida. Consegui montar o seu negócio e eu continuo desempregado; tive que vender a Kombi e todos os outros meus bens para continuar vivendo. Eu não acho *justo* o que ele fez e o porquê de estar bem de vida. Quero o dinheiro, a Kombi, de volta.”

A análise do caso exposto traduz, claramente, o pensamento de Schoeck, no sentido de ser o *sentimento da inveja imanente ao homem*. Tudo estaria bem e, provavelmente, “A” nem teria movido a ação se “B” estivesse na mesma situação que ele. Como muito bem ponderou o Professor Tercio em aula, a inveja chega a ser um *sentimento agressivo*; parte da consciência da própria impotência, contendo, portanto, um sentimento

12. Diz-se “de maneira analógica”, pois, na frustrante impossibilidade de ter lido a obra completa e citada de Helmut Schoeck, em razão da barreira do idioma germânico, não se pôde desvendar, por completo, o pensamento daquele pensador. Pelo captado dos textos e aulas ministradas pelo Professor Tercio, no curso já citado, a *inveja* seria um sentimento *imanente ao homem*, que provocaria uma *entropia negativa*. É um sentimento *ambíguo*, pois, ao mesmo tempo em que os homens demonstram este lado negativo, de sentimento de ódio contra o outro, surge um sentimento de resistência, de manutenção. Nesse sentido, o exemplo colecionado, se não atingir a essência do pensamento de Schoeck, ao menos, demonstrará que a inveja é um sentimento *imanente e destrutivo* ao homem. Porém, só através dele, este autor, naquela conciliação, naquele momento, pôde encontrar uma solução (justa?) ao caso concreto.

ligeiramente masoquista. *O sujeito prefere prejudicar-se a ver o outro com sucesso!*

Nessa linha de pensamento, só se atingiu a *justiça*, no caso concreto, através da inveja do autor¹³, que fez transparecer a verdadeira essência dos fatos controvertidos em Juízo.

Um outro episódio a ser relatado diz respeito ao papel de uma testemunha, na solução de determinado conflito:

“Após acidente de trânsito, uma testemunha ocular, tendo já feito o seu julgamento, como em um verdadeiro *Tribunal de Exceção*, ante a fuga do outro veículo, aproximou-se da vítima e, eufórico, disse que aquele “cara” que havia fugido era um “canalha”, mas que a vítima não precisava se preocupar pois ele havia pego a chapa do outro carro. Com um gesto simples, cordial, humano, com a sutileza de um verdadeiro *gentleman*, retirou seu cartão de visitas do bolso e disse-lhe que poderia contar com ele para testemunhar perante o magistrado. Em audiência, perguntado sobre o motivo de ter agido daquela forma tão prestativa, a testemunha disse: “*agi em nome da justiça (...).*”

Teria ele agido verdadeiramente em nome da *justiça*? E qual justiça seria esta? Será que não se estava diante daquilo que Schoeck chamou de *inveja legítima* ou *indignação*?¹⁴ É uma questão a ser refletida. A inveja, latente e candente naquela situação, revelou, incontestavelmente, a verdade

13. Mais uma vez, enfatiza-se: se este exemplo não se encaixa perfeitamente na teoria de Schoeck, ao menos demonstra-se o que o sentimento de inveja é capaz de fazer (...).

14. “A sociedade razoável é aquela capaz de uma atitude franca perante a inveja. Citando Svend Ranulf, mostra ele, por exemplo, que a justiça criminal de uma sociedade se funda na *inveja latente de todos contra todos*, mas de tal modo que, mesmo aquele que nada tenha a ver com um delito qualquer, possibilita a revelação do crime, porque se rebela contra uma *vantagem indevida*. É o papel do invejoso (*inveja legítima ou indignação*) como denunciante. Evidentemente, a verdadeira justiça é aquilo que o invejoso nunca é: neutra perante as partes. Mas, de outro lado, ignorar o invejoso ou tentar eliminá-lo torna a vida social (justa) uma impossibilidade” (Tercio Sampaio Ferraz Júnior Do discurso sobre a justiça, p. 164 – original sem grifos).

dos fatos e, se justiça for atingir a verdade, crê-se tê-la havido no caso narrado.

3 JUSTIÇA E ORDEM

Propõe-se a análise desta outra situação:

“‘Formada’ a audiência de conciliação, posicionou-se, perante este autor, de um lado o requerente e, do outro, o requerido. Apenas a mesa os separava e, logo no início, sentia-se um clima pesado (...). Dada a palavra ao requerente para expor a sua insatisfação, parecia jorrar um inexplicável ódio incandescente por sua boca. Após cinco minutos de audiência, logo se percebeu, de forma clara, a *natureza animalesca* do ser humano. As agressões estavam em tamanha amplitude, que foi necessária a presença de policiais militares para que a ordem fosse estabelecida.”

Essa passagem aproxima-se do modelo traçado por Thomas Hobbes:

“Para Hobbes, o homem vive inicialmente em ‘*estado de natureza*’, designando-se por esta expressão não só os estágios mais primitivos da história, mas, também, a situação de *desordem* que se verifica sempre que os homens não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da *razão* ou pela *presença de instituições políticas eficientes*. Assim, pois, o estado de natureza é uma permanente ameaça que pesa sobre a sociedade e que pode irromper sempre que a paixão silenciar a razão ou a autoridade fracassar. Hobbes acentua a gravidade do perigo afirmando sua crença em que os homens, no estado de natureza, são *egoístas, luxuriosos, inclinados a agredir* os outros e *insaciáveis*, condenando-se, por isso mesmo, a uma vida solitária, pobre, repulsiva, *animalesca* e breve. Isto é o que acarreta, segundo sua expressão clássica, a permanente ‘*guerra de todos contra todos*’. O mecanismo dessa guerra tem como ponto de partida a igualdade natural de todos os homens. Justamente por serem, em princípio, igualmente dotados, cada um vive constantemente temeroso de que outro venha tomar-lhe os bens ou causar-lhe algum mal, pois todos são capazes disso. Esse temor, por sua vez, gera um *estado de*

desconfiança, que leva os homens a tomar a iniciativa de agredir antes de serem agredidos.” (original sem grifos).¹⁵

Assim, percebia-se a *ira* de um contra o outro. Não seria um exagero afirmar que, na presença deste conciliador, estava desfigurada toda a conduta de um homem social, que *convive* e *coexiste* em sociedade. O irracionalismo era tamanho que, em permanecendo aquela “*guerra de todos contra todos*”, as partes poderiam chegar ao limite de “*exterminarem-se*”.

Flagrante e, ao mesmo tempo, insuportável aquela situação caracterizadora de um verdadeiro *estado de natureza*, no sentido traçado por Hobbes. “*O homem é o lobo do homem*”. O homem, naquela situação, demonstrava o seu lado selvagem, animalesco, destrutivo.

Nesse sentido, então, vislumbra-se um paralelo com o modelo traçado por Hobbes. Na verdade, só a construção de um artifício foi capaz de trazer a paz, de trazer a convivência para aquela sala de audiências. Os policiais militares representavam o Estado, o *Leviatã*, o artifício criado para que, sujeitando-se as partes à decisão do “árbitro”, conseguissem viver em sociedade.

Para se dar respaldo a essa comparação, pede-se vênica para transcrever algumas palavras¹⁶ proferidas pelo Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na aula do dia 28.10.1997, na Faculdade do Largo São Francisco: “Em natureza, não há comportamento ético, é isso no fundo que vai dizer Hobbes. E por isso *o homem é o lobo do homem*, porque não há comportamento ético. O comportamento ético surge como uma resposta a certas dificuldades que a hipótese levanta: se o homem é o lobo do homem, a situação hipotética é uma situação de conflito, *conflito permanente, radical, absoluto, arrasador*, é uma razão prática, uma razão que visa alguma coisa utilitária, que faz com que o homem perceba que ele tem que sair dali. E no sair dali surge um mundo ético, por meio de um artifício e o

15. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos da teoria geral do Estado*, p. 10.

16. Gravadas em fita magnética pelos mestrandos e doutorandos do curso e transcritas em material de precioso conteúdo.

artifício é o Leviatã (o Estado), e aí dentro é que vai aparecer uma noção de justiça”.

O acordo na situação apresentada era impossível de ser concretizado. Aquele *estado de guerra* só foi reprimido com a força policial, com a instituição, com o Estado, com a figura do Leviatã. Seria inimaginável a superação do estado de guerra “*without the terror, without some power*”. Poder-se-ia dizer, fazendo uma analogia à época de Hobbes, que o “juiz”, ao distribuir sentenças, materializava a *boca do soberano*. Só se fez justiça através da força, que, por sua vez, fez restabelecer a *ordem*.

4 JUSTIÇA E O MODELO VERTICAL DE BURKERT

Aproveitando a mesma situação fática acima descrita, *utilizando-se o modelo vertical de Burkert*, complementa-se o sistema de Hobbes, buscando explicar este tema tão intrincado da *justiça*, valendo-se de seus vários modelos e formas, amplamente construídos ao longo dos tempos.

Antes, porém, é fundamental que se faça a apresentação dos dois modelos de Burkert, a fim de que se possa trazer, também, alguma discussão sobre o *modelo horizontal* de justiça idealizado pelo pensador.

Para tal, mais uma vez, pede-se vênica para transcrever as palavras precisas do Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, gravadas em fita magnética, proferidas em aula do dia 26.8.1997:

“Os dois modelos, como nós vimos na aula passada, estão ligados a uma apresentação (...) usados na cultura religiosa antiga, mais precisamente dramática e se referem àquilo que Burkert chama de modelo horizontal e modelo vertical. O modelo horizontal é aquele que tende a encarar a retribuição como um processo que envolve uma questão de racionalidade, ou pelo menos envolve discussão, envolve indagação, a idéia da retribuição nos faz pensar imediatamente no símbolo tradicional da justiça do equilíbrio, da balança; enquanto que o modelo vertical é mais complicado, ou pelo menos se

afasta um pouco dessa idéia de discussão, de racionalidade, ele envolve como nós vimos alguma coisa mais ligada, segundo Burkert, às raízes animais do ser humano, honra, manutenção da honra, manutenção do *status*, e se liga, muito pertinente, à ira, explosão de ira, vingança; é também uma espécie de retribuição, mas num outro sentido da palavra, tem mais o sentido de desforra, quer dizer, é uma forma de retribuição, mas não pode ser tratada da mesma forma que o modelo horizontal”.

Assim, a paz (desenhada no modelo horizontal) só foi estabelecida por força de um poder maior, por força de um poder hierarquicamente superior. O modelo vertical está intimamente ligado às palavras gregas *timoria* e *kolasis*. A primeira está relacionada com a vingança e a segunda pode ser entendida como “podar”. Portanto, na visão de Burkert, impensável o modelo horizontal (equilíbrio), sem o modelo vertical, sendo este último o garante daquele.

Mas será que poderia ser pensado o modelo horizontal sem o vertical?

5 JUSTIÇA E O MODELO HORIZONTAL DE BURKERT

Para analisar-se esse modelo, traz-se à tona um outro episódio:

“Certa feita, instalada a audiência de conciliação, presentes as partes, sentiu-se um clima hospitaleiro entre elas. Parecia que estavam dispostas a dialogar, civilizadamente¹⁷. Dada a palavra ao autor, perguntado se havia a possibilidade de acordo, foi logo dizendo que sim (...).

Naquele clima de harmonia, surgia a real possibilidade de se atingir a paz, de se fazer *justiça*. Proposto o acordo, resolveu o autor, para encerrar o litígio, aceitar metade do valor pedido, dividido em 5 parcelas.”¹⁸

Pois bem, surge a noção de *retribuição* no sentido de *indenização*, a

17. No sentido de razoabilidade, despidos de qualquer instinto animalesco ou bárbaro.

fim de se atingir o *equilíbrio social*. Tem-se, então, a noção das palavras gregas *poime* e *zemia*. A primeira está relacionada à indenização, no sentido particular, e a última, no sentido da sociedade como um todo. Não se trata de um sentido de vingança, de explosão de ira, mas, em realidade, de pena no sentido de indenização, que, após a negociação, é atingida e fixada, a fim de ser restabelecido o equilíbrio e a paz social.¹⁹

6 A JUSTIÇA COMO VONTADE

O desenvolvimento do tema da *justiça como vontade* está relacionado a São Tomás. Trazendo um elemento novo ao modelo de Aristóteles, apesar de continuar a relação entre justiça e virtude, São Tomás introduz na moral cristã (em contraponto à grega) a *voluntariedade*. Neste momento, não basta um agir virtuoso, é fundamental que a *vontade seja virtuosa*.

Para Aristóteles²⁰, o homem seria justo quando praticasse *ações virtuosas*. Agora, o ato é justo se o homem for justo; não é o ato que cria um homem justo, mas o inverso, um homem justo que pratica atos justos, realizando a *justiça*.

Assim, a justiça estará na intimidade de cada um, devendo o homem querer

18. Conformado, entendeu o autor da demanda ser melhor abrir mão de parte de seu direito. O réu, por sua vez, queria pagar, mas só não pagou o total porque não tinha condições financeiras para tal.

19. “Quando a gente examina a noção de contrato em Rousseau, nós vamos perceber que na base da sociedade está o contrato no sentido de *modelo horizontal*. É uma noção de troca: eu cedo meu interesse e você cede o seu, os dois têm interesses, agora, os dois estão no mesmo nível; não é pacto de sujeição onde um tem força e o outro tem liberdade (...).” (Tercio Sampaio Ferraz Júnior, em aula do dia 28.10.1997).

20. Apenas para tecer alguns comentários sobre a temática levantada por Aristóteles, lembra-se as palavras de Luigi Bagolini, Professor emérito de Filosofia da Faculdade de direito da Universidade de Bologna, que, em resposta à pergunta do Professor Gianfranco Morra (Por que Aristóteles considera a justiça como uma das mais altas virtudes?) conclui: “La ‘polis’ greca, la città-stato, considerata nel suo ‘dover essere’ offre ad Aristotele gli elementi fondamentali di una convivenza che possa dirsi giusta. Per cui la giustizia è la virtù che riguarda tutti i principali rapporti sociali emergenti dalla realtà storica di quell’epoca...Nell’idea della giustizia universale Aristotele sembra riprendere il tema di Platone della giustizia come virtù suprema che armoizza tutte le altre” (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV Serie, v. 73, p. 406, giul./set., 1996).

o justo, orientado pela lei divina. O Deus cristão é justo e a justiça do homem se manifesta em seu coração; vale dizer, não importa a ação, importa a intenção do agir, deslocando-se, portanto, a virtude para o interior do homem.

“Conforme São Tomás, ‘dá-se o nome de justo àquilo que, realizando a rectitude da justiça, é o termo do acto desta, independentemente do como o executa o agente’ – *etiam non considerato qualiter ab agente fiat* (Sum. Theol., II-II, q. 57, a. I). Quer dizer, é possível a prática de um acto materialmente justo, à margem da bondade moral do sujeito (pode, por outro lado, ocorrer uma injustiça objetiva sem injustiça subjetiva)”²¹

Nesse sentido exposto de *justiça como virtude*, percebe-se a atitude de um assistido na PAJ/SP, ao relatar o ocorrido com ele:

“O mesmo confessava um crime: havia matado um sujeito, tirando-lhe a vida. Dizia ter feito ‘justiça’ em nome de Deus, em obediência às leis divinas (...).”

Pensando-se sobre o assunto e meditando, depois de se saber o motivo pelo qual o sujeito havia tirado a vida de terceiro, talvez se poderia entender o que aquela pessoa entendia por ‘justiça’! Perquirindo o interior daquele rapaz, chegou ele a confessar que, na favela onde morava, um ‘bandido’ ameaçava matar o seu filho com uma faca voltada ao seu pescoço. Assim, para evitar a morte injusta e desproporcional do ente amado e idolatrado, na defesa dele (sua criação), tirou a vida do rapaz. Segundo o ‘assistido’, a sua ação tinha no fundo uma *vontade virtuosa* (...).”²²

21. Mário Bigotte Chorão, ENCICLOPÉDIA Pólis-Verbo, p. 910.

7 ALGUNS COMENTÁRIOS FINAIS

Pois bem, depois de todo o exposto, claro está que a tentativa obstinada de se desvendar o conceito de *justiça*, sob a perspectiva *zetética*, mostra-se uma tarefa extremamente árdua e, talvez, inesgotável. Várias outras situações fáticas encaixar-se-iam nos modelos de justiça propostos pelos Professores Tercio e Nelson, durante o curso descrito nestas linhas. Dada uma determinada situação, sempre seria possível encontrar um modelo que melhor declarasse o *justo* ou o *injusto*.

Volta-se, pois, ao início da problemática apresentada. Tentou-se desvendar o tema elegendo como parâmetro a *zetética*. Através de exemplos, buscou-se definir a verdadeira essência da *justiça*, procurando encontrar uma resposta satisfatória para esta pergunta que vem inquietando a tantos, ao longo dos tempos: *que é a justiça? Qual é a verdadeira justiça que tanto incomoda ao homem, principalmente a partir do momento em que passou a conviver em sociedade?*

Depois de muito pensar sobre o tema proposto, que, enfatize-se, é essencialmente *zetético*, não se consegue definir, de maneira precisa, o que vem a ser a justiça. Parece que a maneira mais simples seria dizer que a *justiça de algo é como dar um murro na mesa, é uma simples expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto* (Alf Ross).

22. Interessante é a observação lúcida da Professora Ada Pellegrini Grinover, ao descrever, em 1987, a *crise da administração da justiça*: "(...) é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária, do outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, e freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos 'justiceiros')." (Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, *Revista de Informação Legislativa*, 97/193).

Retorna-se, pois, à estaca inicial, chegando à frustrante conclusão de ter-se por incompleta a conceituação da *justiça* enquanto “*ser algo*”, tendo em vista a sua alta complexidade. O sistema mais lógico e “completo” (no sentido de fechado) seria o da *dogmática* que estabelece, “*dado A, deve-ser B; sendo B, tem-se justiça*”, não importando o seu conteúdo. A justiça é, pois, mera forma que deve ser assegurada por uma estrutura imposta pelo Estado, a sanção. Deve-se impor a decisão nos moldes traçados pelo modelo vertical de Burkert.²³

Talvez chegue o leitor, ao final deste *ensaio*, céptico, confuso, incrédulo, sem ter certeza de nada. Afinal de contas, que *é* a justiça, em seu sentido *zetético*? Por que agir de determinado modo *é*, em essência, a realização da justiça? Por que, então, exagerando, não seria justa uma sociedade de “ladrões” que, entre si, não roubassem?

O modelo de justiça, concebido sob a perspectiva *dogmática*, *é* perfeitamente aceitável, eficaz e, indubitavelmente, *necessário* para a manutenção da ordem na sociedade moderna.

No entanto, aprofundando a análise deste tema tão polêmico e instigante, do ponto de vista da *zetética*, nesta introspecção questionadora, confessa-se que a única certeza que este *ensaio* traz *é* no sentido de que as dúvidas geradas, ao menos, levem os operadores do direito, num verdadeiro impulso intelectual, a continuar, incessantemente, pensando e meditando sobre a *justiça*. Se durante séculos ainda não se conseguiu chegar a um consenso, pede-se vênica para deixar sem resposta a indagação deste *ensaio*. Afinal de contas, do ponto de vista *zetético*, *que é justiça?*

23. Mais otimista é Cláudio De Cicco, ao lembrar as palavras de Miguel Reale, em relação a uma remodelação do direito moderno: “com isto, uma terceira fase do Direito poderá recuperar a integralidade perdida desde o início dos tempos modernos e, em resumo, sincronizar o que se considera justo com o que se realiza como jurídico” (*A justiça e o direito moderno*, p. 150). Luigi Bagolini, por seu turno, ante a questionamento se a nossa sociedade está perto ou longe de alcançar a justiça, assevera: “*Ebbene non mi sembra che sia un paradosso il dire che la nostra società à tanto più lontana dalla giustizia quanto più il senso del mistero sia assente od 'obnubilato' ed è più vicina alla giustizia quanto più il senso della trascendenza e del mistero sia sentito e vissuto.*” (op. cit., p. 417)

Todas essas dúvidas geradas, construtivamente, servirão para o aprimoramento da resposta a ser dada pela *dogmática* sobre este tema tão complexo, que, certamente, de maneira *satisfatória* e *necessária*, apaziguará qualquer inquietude, dizendo o que *deve ser a Justiça...*

Nesse sentido, a *justiça* do *dever-ser*, proposto pela *dogmática*, certamente será mais límpida e pura, quanto mais próxima estiver do conteúdo do *ser*, não se podendo, então, deixar de se buscar uma resposta satisfatória (de conteúdo puramente *zetético*), sobre este que talvez seja o questionamento que mais vem inquietando a humanidade ao longo dos tempos: *afinal de contas, que é a Justiça?*

8 BIBLIOGRAFIA

ADAIR, Philippe. La theorie de la justice de John Rawls. Contrat social versus utilitarisme. *Revue Française de Science Politique*, Paris, v. 41, n. 1, p. 81-96, fev. 1991.

BAGOLINI, Luigi. Domande e risposte sul problema della giustizia. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV Serie, v. 73, p. 405-417, giul./set. 1996.

BOHNEN, Aloysio. Sociedade, direito e justiça. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, set./dez. 1989.

BUZAID Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 92-99, jul./set. 1987.

CHORÃO, Mário Bigotte. Justiça. In: ENCICLOPÉDIA Pólis-Verbo. p. 906-922.

CORREA, Univaldo. Platão e a natureza de justiça. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 21, p. 83-93, dez. 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE CICCIO, Cláudio. A justiça e o direito moderno. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 39, n. 162, p. 146-50, abr./jun. 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

. Aulas proferidas durante o 2º Semestre de 1997, durante o curso de pós-graduação, intitulado *O direito e as formas de justiça*, gravadas pelos alunos em fita magnética e transcritas em texto. Inéditas.

. Do discurso sobre a justiça. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 72, p. 153-166, jan./dez. 1979.

. *Do discurso sobre a justiça*. Glosa inspirada num artigo de Manuel G. Serrano. Inédito.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 191-218, jan./mar. 1988.

HURD, Heidi M. Correcting injustice to corrective justice. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 67, n. 1, p. 51-96, 1991.

LORAUX, Nicole. Le proces athenien et la justice comme division. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 39, p. 25-37, 1995.

MEJIA QUINTANA, Oscar Eduardo. Concepcion politica de la justicia y liberalismo procedimental: el giro de John Rawls. *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Senora del Rosario*, Bogota, v. 97, n. 564, p. 64-76, jun. 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. A política jurídica na visão Kelseniana. *Seqüencia: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 19, p. 9-23, dez. 1990.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NASCIMENTO FILHO, Firly. Breves considerações sobre a justiça no pensamento de Aristóteles e Kant. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 31-37, jan./mar. 1995.

NUNES, Etelvina Pires Lopes. Para uma nova justiça. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 52, n. 1-4, p. 617-632, jan./dez. 1996.

OLIVEIRA, Maria Regina de. A justiça como virtude no pensamento de Platão e Aristóteles. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 9, n. 12, p. 310-326, jul./set. 1995.

PIZZORNI, Reginaldo. Giustizia e 'carita' nel pensiero greco-romano. *Sapienza*, Napoli, v. 46, n. 2, p. 121-79, abr./jul. 1993.

RODRIGUES, Cunha. Justiça e comunicação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 68, p. 111-132, 1992.

SILVA, Justino Adriano Farias da. John Rawls e o utilitarismo na teoria da justiça. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v. 22, n. 55, p. 69-81, maio/ago. 1989.