



*Esmese*  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

***REVISTA DA ESMESE***

***O Direito como construção  
Social da Realidade***

---

Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n° 04.  
2003

---

**©REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE**

**Conselho Editorial e Científico**

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira

Membros: Juiz Netônio Bezerra Machado

Juiz João Hora Neto

Juiz Cezário Siqueira Neto

José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Joana Angélica de Souza Torres

Revisão: José Ronaldson Sousa

Editoração Eletrônica: Joana Angélica de Souza Torres

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Gráfica J. Andrade.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe  
Escola Superior da Magistratura de Sergipe  
Centro Administrativo Governador Albano Franco  
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro  
CEP 49010-150- Aracaju – Sergipe  
Tel. 214-0115 Fax: (079) 214-0125  
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)  
e-mail: [esmese@tj.se.gov.br](mailto:esmese@tj.se.gov.br)

R454 Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.  
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 4, 2003.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU: 34(813.7)(05)



*Esmese*

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

## COMPOSIÇÃO

### **Diretora**

Desembargadora Clara Leite de Rezende

### **Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico**

Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto

### **Sub-Diretores de Curso**

Adriano José dos Santos

Luciana Rocha Melo

### **Sub-Diretora de Administração**

Ana Patrícia Souza

## Sumário

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>DOCTRINA</b> .....	11
DO DIREITO ADQUIRIDO: NOTAS PRELIMINARES	
<b>Prof. Dr. Ivo Dantas</b> .....	13
A RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL: UMA QUIMERA JURÍDICA?	
<b>João Hora Neto</b> .....	41
FRAGMENTAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO: (DES)CONSTRUINDO A SENTENÇA	
<b>Francisco Alves Junior</b> .....	57
DA REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO - RÁPIDA ABORDAGEM CRÍTICA	
<b>Evânio Moura</b> .....	83
O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO	
<b>Marcos de Oliveira Pinto</b> .....	93
AS REGRAS DE DIVISÃO DO ÔNUS DA PROVA DEVEM LIMITAR OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ?	
<b>Flávia Moreira Pessoa</b> .....	117
DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO NOVO CÓDIGO CIVIL	
<b>Nélio Bicalho Pessoa Júnior</b> .....	125
A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
<b>José Sérgio Monte Alegre</b> .....	145
O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E O TRIBUNAL DO JÚRI	
<b>Verônica Lazar Amado</b> .....	155

TRANSPORTE ESCOLAR - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DEVER DO ESTADO	
<b>Dauqúria de Melo Ferreira</b> .....	159
O DIREITO À INFORMAÇÃO VERDADEIRA ENQUANTO FUNDAMENTAL	
<b>Marcos Roberto Gentil Monteiro</b> .....	167
AINDA SOBRE A SÚMULA VINCULANTE	
<b>Matheus Ribeiro Rezende</b> .....	175
O JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARTE DA LIDE	
<b>Paulo César Cavalcante Macedo</b> .....	187
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONSTRUÇÃO DO DIREITO POSITIVO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E UMA CONQUISTA DA SOCIEDADE	
<b>Simone de O. Fraga</b> .....	213
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: UM ESTUDO À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002	
<b>José Anselmo de Oliveira</b> .....	225
REGIMENTO .....	239
REGIMENTO DA REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE .....	241

## **APRESENTAÇÃO**

*A Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe* chega ao seu quarto número totalmente repaginada, sem perder, no entanto, a mesma vivacidade e compromisso da sua primeira edição.

Esta nova fase da nossa Revista faz parte do amadurecimento natural do fazer científico de que estão comprometidos todos os que fazem a ESMESE, desde a diretora da Escola, Des. Clara Leite de Rezende, passando por toda a equipe de apoio, pelos magistrados envolvidos na construção de um espaço efetivo de excelência teórica e doutrinária, voltado para interferir de modo positivo na prática judiciária e no resultado final da prestação jurisdicional.

A criação do Conselho Editorial com a finalidade de possibilitar uma gestão descentralizada e científica da Revista foi o primeiro passo. Os passos seguintes já como resultado dessa nova estrutura, foram a padronização da Revista buscando dar uma identidade científica, e a elaboração de normas de publicação.

O presente número é antes de tudo a garantia da regularidade editorial da Revista, e buscando enfeixar um pensamento temático sem prejuízo da diversidade e do pluralismo, adotou-se como eixo principal o tema “O direito como construção social da realidade”, possibilitando uma abordagem ampla em qualquer área das ciências jurídicas, privilegiando a atualidade e a importância do assunto.

Ressalte-se a participação cada vez maior de magistrados como colaboradores, o que vem demonstrar o acerto da ESMESE em garantir

este espaço para o debate jurídico aos magistrados e à comunidade jurídica nacional, numa troca permanente, dialeticamente, que somente vem enriquecer a nossa Revista.

O que se espera a partir de agora, uma vez que as normas estão sendo publicadas nesta edição, o aumento das colaborações dos magistrados e de outros operadores do Direito.

A dinâmica social exige de todos os que militam na área jurídica o estudo e o aprofundamento constante. Esta exigência contemporânea é a tônica que norteia os que direta ou indiretamente produzem a *Revista da ESMESE*, para garantir a todos uma leitura de qualidade.

**Prof. José Anselmo de Oliveira**  
**Juiz de Direito e Presidente do Conselho Editorial**

**DOCTRINA**

*Esquese*

Escola Superior da Magistratura de Sergipe

## DO DIREITO ADQUIRIDO: NOTAS PRELIMINARES

Prof. Dr. Ivo Dantas

SUMÁRIO: 1. Teoria da Aplicação e da Irretroatividade das Leis no Brasil; 2. Direito Adquirido e seu conceito: perspectivas legal e doutrinária. 2.1. Distinções necessárias: *Direito Adquirido*, *Expectativa de Direito* e *Direito Acumulado*. 3. Constituição, Emenda Constitucional, Direito Adquirido e Controle de Constitucionalidade.

### 1. TEORIA DA APLICAÇÃO E DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS NO BRASIL

Em estudo intitulado *Constituição e Direito Adquirido*<sup>3</sup>, RAUL MACHADO HORTA, afirma que “o constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824, consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da retroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958”.

Em seguida, entende que “o tratamento constitucional da matéria no Direito Brasileiro pode ser destacado em *dois períodos*. No *primeiro*, a irretroatividade ampla se localiza na Constituição e a proteção do direito adquirido adviria, inicialmente, daquela irretroatividade, como princípio-reflexo, para, posteriormente, decorrer de regra expressa do direito ordinário, convivendo com o princípio constitucional da irretroatividade. No *segundo período*, a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio imutável pela lei ordinária” (itálicos nossos)<sup>4</sup>.

A questão do *Direito Adquirido* entre nós, encontra-se intimamente vinculado ao tratamento que é dado pelo ordenamento brasileiro à *Teoria da Aplicação e da Irretroatividade das Leis*, o que significa dizer-se que, para bem entender aquele (*Direito Adquirido*), necessário se faz que abordemos, previamente, os problemas derivados desta última questão (*Aplicação e Irretroatividade das Leis*) que, em com a única exceção de 1937, jamais deixou de ser tratada pelos diversos modelos constitucionais, desde o imperial, até o vigente, de 1988.

Desta forma, a *Carta Política de 25 de março de 1824*, em seu art. 179, *caput*, determinava que “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”.

A seguir, depois de determinar que (I) “nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei” e que (II) “nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública”, prescreve:

“III - A sua disposição não terá efeito retroactivo”.

No seu clássico *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*<sup>5</sup>, PIMENTA BUENO, analisando a *Garantia de Não Retroatividade das Leis*, escreve que “a garantia é uma promessa, uma segurança que a lei estabelece para fazer respeitar efetiva e eficazmente um direito. Ora, nem a liberdade, nem a segurança teriam garantia alguma desde que as leis pudessem ter efeito retroativo.

O homem não deve, em circunstância alguma, ser julgado, nem mesmo interrogado pelo Poder Público, senão em virtude de uma lei anterior e constante. Enquanto essa lei não existia sua liberdade não estava limitada no sentido dela, seus atos eram lícitos, eram filhos do seu direito, não tinha que responder por eles senão a Deus e à sua consciência.

A lei que instituindo uma obrigação ou penalidade fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicidade legal, aniquilaria toda a idéia de segurança e liberdade. Nenhum homem poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito.

O sagrado princípio da não retroatividade das Leis deve ser respeitado mesmo no caso de interpretação, como expusemos no nº 86, e essa é a norma dos governos constitucionais”<sup>6</sup>.

No mencionado nº 86, PIMENTA BUENO é taxativo ao, referindo-se às *Leis Interpretativas*, afirmar: “Com efeito, é princípio geral e de eterna justiça que toda e qualquer questão, direitos e obrigações, não devem ser decididos ou julgados senão em virtude leis preexistentes; que a lei não deve regular senão o futuro e não o passado, que ficou fora do seu domínio; que o legislador somente prevê e jamais resolve o que está consumado; que a lei não existe senão porque foi feita e não existe antes de ser feita; finalmente, que a se lei era obscura, se induziu a uma má inteligência, isso atesta uma falta de atenção dele, legislador, falta que não deve ser reparada pelo sa-

crifício da fé pública e da justiça. Esse mesmo é o preceito de nossa Constituição, art. 179 § 3º<sup>7</sup>.

Analisando ainda o texto de 1824, ELIVAL DA SILVA RAMOS (A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro<sup>8</sup>) doutrina que “de fato, não se pode olvidar que a norma vedatória da retroatividade legal estava inserida no Título 8º da Constituição imperial, concernente aos direitos políticos e aos direitos e garantias individuais, não se compadecendo com uma interpretação sistemática do texto constitucional o entendimento de que ali se estava a proibir, de modo absoluto, projeção de efeitos retroativos. Ou seja, na verdade, podem-se extrair do inciso III do art. 179 da Constituição de 1824 dois comandos normativos referentes à eficácia temporal dos atos legislativos em matéria civil: o primeiro, mera norma de condicionamento, pela qual a lei, salvo disposição expressa em contrário, não apresenta efeitos retroativos; o segundo, autêntica norma de limitação, impeditiva da retroatividade, mesmo que expressamente determinada pelo Legislador, nas hipóteses em que se configurar a ofensa a direitos adquiridos”.

A *Constituição de 1891*, em seu art. 11, 3º determinava, como vedação à União e aos Estados, “prescrever leis retroactivas”, enquanto que no art. 72, § 15, determina-se que “ninguém será sentenciado, sinão pela autoridade competente, em virtude lei anterior e na forma por ella regulada” (mantida a grafia).

Comentando o mencionado art. 11 § 3º, escreveu JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI<sup>9</sup> que “si a lei podesse ser com prejuizo dos direitos do cidadão applicada a factos passados antes d’ella, mal segura ver-se-ia a liberdade, e o poder de legislar fôra o da tyrannia e opressão. Quem poderia estar tranquilo sobre suas acções, si o que hontem praticou como acto permitido e legítimo podesse hoje ser declarado pela autoridade publica como facto punivel ou nullo? A liberdade, honra, vida e propriedade do cidadão viriam a ser um brinco nas mãos de legisladores mal inspirados e ninguem em suas acções, em seos negocios, sentir-se-ia garantido. Nihil crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus haec civitas ferre possit (Cic.)

*Moneat lex priusquam feriat* (Bacon). Depois de publicada e dada a conhecer aos cidadãos é que a lei começa a existir para elles e sómente regerá casos futuros. *Lex prospicit, non respicit*.

Mas, porquanto a proibição de leis retroactivas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuaes, não há motivo para que ella prevaleça em casos nos quaes offensa não lhes é feita e a

retroacção é proveitosa ao bem geral; e eis porque têm pleno efeito com relação a factos anteriores:

- 1º - as leis constitucionaes ou políticas;
- 2º - as que regulam o exercício dos direitos políticos e individuaes, ou as condições de aptidão para os cargos públicos;
- 3º - as de organização judiciaria, competencias e processo civil ou criminal;
- 4º - as de interpretação ou declaratorias (menos quanto a factos, contractos e decisões judiciárias que sob a lei anterior tenham já produzido todos os efeitos de que eram susceptíveis);
- 5º - as penaes quando eliminam ou diminuem a penalidade anteriormente estabelecida.

A retroação legal que n'outros casos seria um princípio bárbaro e funesto, é salutar e de benefícios resultados nos casos acima enumerados".

Logo em seguida, em nota de rodapé, é contundente JOÃO BARBALHO: "Basta, para que o preceito constitucional não seja preterido, que a lei de modo algum prejudique a) os direitos civis adquiridos, b) os actos jurídicos já perfeitos e c) as sentenças passadas em julgado.

Quanto a lei penal, ao facto anterior só se applicará a lei nova: a) - si por esta deixar de ser considerado punível, b) - ou for punido com pena menos rigorosa (Cód. Pen. art. 2º)."

Finalmente, conclui o autor: "É esta, como se vê, uma das mais importantes garantias individuaes, ao mesmo passo que é um dos grandes principios da ordem social e política. Sem ella, não seria possível termos o *regime livre* a que, como a mais alta aspiração nacional, allude o 'preambulo' da Constituição, a qual por isso impõe, quér ao Congresso Nacional, quér ás legislaturas dos Estados, a prohibição deste n. 3. E para effectividade de tal garantia, a *magistratura*, desde que é provocada pelos meios regulares, tem obrigação de declarar sem vigencia e fóra de applicação as leis federaes ou dos Estados que acaso infrinjam a citada disposição constitucional (arts. 59 § 1, e 60 a).

*Leis retroactivas sómente tyrannos as fazem e só escravos se lhes submettem (Walker). A Constituição que as permittisse, impediria a estabilidade e segurança dos direitos, fim primordial do Estado, e autorisaria a ruina dos cidadãos"* <sup>10</sup>.

Observe o leitor que JOÃO BARBALHO já se referia, ao comentar o texto de 1891, a uma fórmula que viria a ser, posteriormente, consagrada pelo constitucionalismo brasileiro, a saber, "a lei não

prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>11</sup>, além de fazer uma verdadeira conclamação à Magistratura nacional, no momento em que for chamada a decidir sobre aquele preceito constitucional, sem dúvida alguma, em texto de profunda atualidade para os dias que vivemos.

Com a *Constituição de 1934*, dá-se um maior detalhamento do preceito da *irretroatividade*, como se vê em seu art. 113, 3): “A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>12</sup>.

Referindo-se a este inciso em seu *Direito Intertemporal*<sup>13</sup>, observa WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA que o referido inciso “guindou a preceito constitucional o *caput* do art. 3º da antiga Introdução ao Código Civil”.

ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>14</sup>, com relação ao texto constitucional de 1934, escreve: “A partir daí, não há que se falar, no direito brasileiro, em princípio constitucional da irretroatividade das leis, porquanto a norma de condicionamento agasalhada nos dispositivos correlatos das Constituições de 1824 e 1891, segundo a qual os atos legislativos, em princípio, não geram efeitos retroativos, foi extirpada do plano constitucional, permanecendo, à época, única e tão-somente, como *regra estrutural* de nosso ordenamento, como de resto de todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos.

No que tange à limitação dos efeitos retroativos e retrospectivos das leis civis, adotou-se, em substância, a fórmula do artigo 3º, *caput*, da Introdução ao Código Civil”.

Dizemos nós: a partir daí, não só a *irretroatividade* manteve seu *status constitucional*, mas, expressamente, o fez em relação ao *direito adquirido*, ao *ato jurídico perfeito* e à *coisa julgada*.

Omissa em relação ao tema foi a *Carta Política de 1937*, sendo que a *Constituição de 1946*, ao se referir aos *Direitos e Garantias Individuais*, repetiu, em sua inteireza, o texto da *Constituição de 1934*, como se vê:

“Art. 141, § 3º: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Idêntico comportamento foi seguido pelo texto de 1967 (art. 150, § 3º) e pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 153, § 3º).

A *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942), elaborada na vigência da *Carta de 1937* (que, como dito, não vedava a retroatividade das leis) não manteve, entretanto, a mesma orientação da Lei Maior, e determinou em seu art. 6º que “a Lei

em vigor terá efeito imediato e geral, *respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*".

Diante desta situação, escreve WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA<sup>15</sup> que "assim, a irretroatividade foi consagrada no preceito como um limite ao juiz e às demais autoridades, mas não como um limite ao legislador: mediante disposição expressa, a lei nova poderia atingir as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito".

A seguir, CAMPOS BATALHA, depois de se referir ao "período fascista com os aplausos da doutrina da época"<sup>16</sup>, dá-nos uma lição que não poderia deixar de ser trazida à colação, quando escreve<sup>17</sup>: "Portanto, de acordo com a mentalidade da época, o legislador todo-poderoso não poderia encontrar barreiras em suas estatuições; ante os supremos interesses do Estado e da coletividade, apagavam-se os interesses particulares, a certeza e a segurança do Direito. Adquiridos só se poderiam considerar aqueles direitos ... que a lei nova respeitasse; nunca se poderia admitir a existência de direitos individuais contra o novo programa legislativo e contra a nova maneira de encarar os interesses do Estado e os interesses da coletividade".

Este direcionamento do preceito, destacado por CAMPOS BATALHA, sofre uma total modificação, a partir do instante em que a *irretroatividade* voltou a integrar o texto constitucional (CF 1946, art. 141 § 3º), dirigindo-se, em consequência, não só ao juiz e às demais autoridades, porém, igualmente, ao legislador.

Hoje, o preceito tem um sentido mais amplo, visto que se direciona, inclusive, ao legislador em sua função de *reformador do texto constitucional*, resguardado este (como se disse e será repetido várias vezes) em decorrência do prescrito no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição de 1988.

Em outras palavras: *o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI) são imunes a toda e qualquer alteração constitucional, seja pela Emenda, seja pela Revisão Constitucionais, e sob qualquer que seja o fundamento ou programa de governo, pelo que vale a repetição do texto de JOÃO BARBALHO, já acima citado, no sentido de que a magistratura, desde que é provocada pelos meios regulares, tem obrigação de declarar sem vigência e fóra de aplicação as leis federaes ou dos Estados que acaso infrinjam a citada disposição constitucional (arts. 59 § 1, e 60 a)*<sup>18</sup>.

*Leis retroactivas sómente tyrannos as fazem e só escravos se lhes submettem (Walker). A Constituição que as permittisse, impediria a estabilidade e segurança dos direitos, fim primordial do Estado, e autorisaria a ruína dos cidadãos*"<sup>19</sup>.

## 2. DIREITO ADQUIRIDO E SEU CONCEITO: PERSPECTIVAS LEGAL E DOCTRINÁRIA

Uma das características dos estudos jurídicos está, justamente, assentada na falta de um vocabulário que seja inteligível, de forma pacífica, pelo menos aos iniciados. Ademais, a existência dos denominados *conceitos indeterminados* faz com que fique a Doutrina encarregada de lhes dar o sentido e o conteúdo, no que, evidentemente, não ocorre a unanimidade de entendimentos.

Em alguns casos, quando a própria lei oferece a definição do instituto (*definição legal* de que nos fala J. CRETILLA JÚNIOR referindo-se ao Mandado de Segurança <sup>20</sup>), a situação fica em parte resolvida, principalmente porque, distingue o instituto daqueles outros que lhe são próximos.

Este, exatamente, é o caso do *Direito Adquirido* (definido na Lei Ordinária, como se verá adiante), muitas vezes confundido com a *Expectativa de Direito* e/ou *Direito Acumulado* <sup>21</sup>, com os quais (afirme-se de logo) não se confunde, sendo, portanto, tarefa imprescindível que a Doutrina e a Jurisprudência cuidem de apresentar, corretamente, seus contornos, sobretudo porque, todas estas categorias estão ligadas ao problema da *Lei Nova e sua Irretroatividade*, frente à qual, surgem três categorias de fatos, a saber: *facta praeterita*, *facta futura* e *facta pendentia*, ou seja, *fatos passados*, *fatos futuros* e *fatos pendentes*, cada um, evidentemente, com seu regime próprio frente à norma que se insere no sistema jurídico nacional.

Esta *dificuldade*, tem sido reconhecida pela Doutrina, tal como se observa na lição de GUILHERMO A. BORDA, na *Introducción* de seu livro *Retroactividad de la ley y Derechos Adquiridos* <sup>22</sup> ao escrever que “uno de los temas más apasionantes del derecho actual es el relativo a la retroactividad de la ley y a los derechos adquiridos. Los juristas del mundo entero se han ocupado de él, empeñándose en desentrañar un sistema práctico y justo; empero, es necesario decir que hasta hoy, el más completo fracaso ha acompañado esos esfuerzos. Ha sido imposible ponerse de acuerdo sobre lo que es un derecho adquirido y en qué casos la ley tiene efectos retroactivos” <sup>23</sup>.

MERLIN, por sua vez, observa ser necessário distinguirem-se “dos tipos de derechos: *adquiridos* y *en expectativa*” <sup>24</sup>. Los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado efectivamente al patrimonio de una persona, en tanto que los derechos en expectativa son potenciales para los sujetos, sin haberlos ejercido y sin formar parte integrante del patrimonio”.

Em artigo intitulado *Noción Actual sobre Expectativas de Derecho y Derechos Adquiridos*, NELSON NICOLIELLO<sup>25</sup>, após indagar “en qué consisten los derechos adquiridos y las meras expectativas”, escreve, com muita propriedade, que “parte importante de la doctrina - e, incluso, de la jurisprudencia - ha adoptado una posición negativa, en realidad pesimista, que se refiere a la imposibilidad de llegar a conocer estos presuntos institutos, y hasta a confesar abiertamente que no se sabe que són”<sup>26</sup>.

Em seguida, depois de citar DUGUIT e PLANIOL, é taxativo: “Cuanto acaba de decirse no exonera, sin embargo, de encarar el estudio propuesto, por presunta falta de interés.

Los conceptos de derechos adquiridos y legítimas o meras expectativas (que, hemos de ver, son expectativas en grado diferente) han sido recogidos por el derecho positivo, lo que es una señal inegable de su existencia”<sup>27</sup>.

Com certa dose de ironia mas muito de verdade, CABRAL DE MONCADA (*Lições de Direito Civil - Parte Geral*<sup>28</sup>), após referir-se a *direitos adquiridos e expectativas de direito*, escreve que “rigorosamente, poderia mesmo dizer que todo direito, se é direito, é porque já é adquirido; se não é adquirido, é porque ainda não é direito. A idéia dum direito parece implicar a dum sujeito que já de qualquer maneira o adquiriu. Subjetivamente, um direito é sempre direito de alguém, que alguém adquiriu de qualquer forma, mesmo sem vontade”.

O que é afirmado por NICOLIELLO se evidencia no fato de que, dicionários como os de OLIVIER DUMAHEL e YVES MÉNY<sup>29</sup>, N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO<sup>30</sup> além de EMÍLIO FERNÁNDEZ VÁZQUEZ<sup>31</sup>, não fazem a menor referência ao tema.

Considerando-se o sistema constitucional brasileiro, entretanto, a matéria não poderia passar indiferente à Doutrina e a Jurisprudência, isto porque, ao estabelecer a Constituição de 1988, em seu *art. 5º inciso XXXVI*, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” - fácil é notar - não define ela o que seja nenhum dos institutos ali mencionados<sup>32</sup>, cabendo (como se disse) à Lei Ordinária oferecer a *definição legal*, ao lado da qual, a *definição doutrinária*, se mostra variável de acordo com a concepção daquele que a apresenta.

Sob a perspectiva da *definição legal*, esta se encontra na *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942, com a redação que lhe deu a Lei nº 3.238, de 1º 8.1957<sup>33</sup>), a qual, após determinar (art. 6º) que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral,

*respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, define os institutos, como se vê:*

§ 1º: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou”;

§ 2º: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem”.

§ 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso” (destaques nossos) <sup>34</sup>.

Analisando a definição constante do texto legal, R. LIMONGI FRANÇA em sua clássica obra *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido* <sup>35</sup> escreve que “decompondo-se os termos do preceito em foco, chegamos à conclusão de que, para o legislador, são Direitos Adquiridos:

1. o direito que o seu titular possa exercer;
2. o direito que alguém, como representante de seu titular, possa exercer;
3. o direito cujo começo de exercício tenha termo prefixado;
4. o direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbitrio de outrem.

A nosso ver - prossegue LIMONGI FRANÇA - a substância do conceito está unicamente no primeiro elemento da análise acima exposta.

Direito Adquirido, em suma, para o legislador, é aquele que o seu titular pode exercer”.

Adiante, arremata: “Ora, conquanto a idéia de que Direito Adquirido seja aquele que o titular possa exercer encerra uma definição sintética do objeto, clara está a sua insuficiência, mesmo como ponto de partida, para a solução dos problemas relativos à matéria. E ainda que a relacionemos com o art. 74 do Código, referente à aquisição de direitos, o seu teor não se torna mais atuante” <sup>36</sup>.

A busca de uma compreensão que vá além da *definição legal*, obriga-nos a buscar seu verdadeiro conteúdo na Doutrina e na Jurisprudência, parecendo-nos fundamental, entretanto, a lição de PONTES DE MIRANDA <sup>37</sup> no sentido de que “a lei nova não pode retirar do mundo jurídico o ato jurídico perfeito, nem alterá-lo a seu talante. Também a lei não pode retirar do mundo jurídico o fato jurídico, porque tendo entrado, seria invadir o passado. Todavia, a eficácia do fato jurídico, que se teria de produzir, por estar ligada ao presente,

estaria ao alcance da lei nova. Foi por isso que o legislador não se satisfaz com a proposição no plano da existência, e lançou outra, no plano da eficácia: 'A lei não prejudicará o direito adquirido'..."

Em seu *Direito Civil - Parte Geral*<sup>38</sup> escrevia ALMACHIO DINIZ que "é preciso não confundir o direito adquirido com outras situações menos formais do direito subjectivo. A lei definiu os direitos adquiridos como os que o seu titular, ou alguém por elle, possa exercer, como aquellos cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem (Cod. Civil, art. 3º, § 1º). Esta é uma definição metaphorica. O direito adquirido é o estado de direito que uma lei traz a alguém e que não pôde desaparecer deante de leis ulteriores. Elle nem é, portanto, o interesse indicado por HUC, nem a *espectativa de direitos* proposta por DEMOLOMBE e BLONDEAU.

DALLOZ fala nos *direitos adquiridos*: os que podem ser exercidos actualmente, cuja força é tirada do passado, e cujo principio é extranho á lei nova" (mantida a grafia original).

DE PLÁCIDO E SILVA (*Vocabulário Jurídico*<sup>39</sup>), oferecendo um conceito mais largo do instituto, escreve no verbete *Direito Adquirido*: "Derivado de *acquisitus*, do verbo latino *acquirere* (adquirir, alcançar, obter), *adquirido* quer dizer *obtido*, já *conseguido*, *incorporado*.

Por essa forma, *direito adquirido* quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua *propriedade*, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo".

E prossegue, desta feita oferecendo o que se poderia denominar de pressupostos ao instituto: "Mas, para que se considere *direito adquirido* é necessário que:

a) - sucedido o fato jurídico de que se originou o direito, nos termos da lei, tenha sido integrado no patrimônio de quem o adquiriu;

b) - resultando de um fato idôneo, que o tenha produzido em face da lei vigente ao tempo, em que tal fato se realizou, embora não tenha apresentado ensejo para fazê-lo valer, antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo fato jurídico, já sucedido.

O direito adquirido tira a sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

*Por isso - continua -, sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem”<sup>40</sup>.*

Vinculando os conceitos de *Direito Subjetivo* e *Direito Adquirido*, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>41</sup> observa que “cumpre lembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transformou-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. *A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes*” - conclui (destaque nosso).

No plano doutrinário, vale de logo ressaltar, predomina ainda hoje o entendimento de C. F. GABBA, quando, ainda no final do século passado, e em sua clássica obra *Teoria della Retroattività delle Leggi*<sup>42</sup>, doutrinava que “*é adquirido ogni diritto, che a)- è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b)- a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquisito*” (itálico no original)<sup>43</sup>.

Finalmente, CARLOS MAXIMILIANO (*Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*<sup>44</sup>), depois de trazer à colação o referido conceito de GABBA, escreve que “chama-se *adquirido* o direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário”.

## 2.1. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: *DIREITO ADQUIRIDO*, *EXPECTATIVA DE DIREITO* E *DIREITO ACUMULADO*

A correta compreensão do instituto do *Direito Adquirido* impõe ao doutrinador que proceda a uma análise criteriosa de seu conceito, sem dar margens a conotações ideológicas, mas dentro de uma perspectiva estritamente científica. Para tanto, uma observação preliminar deve ser mencionada: o instituto do *Direito Adquirido*, hoje inatingível até mesmo pelo Poder de Reforma, a teor do que determina o art. 60 § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, quase sempre foi objeto de análises visando sua aplicação ao *Direito Privado*, o que não é tudo. Imperioso é que o façamos, igualmente, sob a óptica do *Direito Público*, muito embora, adiantemos que, em essência, este fato não haverá de modificar o sentido ôntico de que o instituto é portador.

Para tal, devemos partir de uma distinção que é urgente, ou seja, *Direito Adquirido*, *Expectativa de Direito* e *Direito Acumulado*, expressões que, apesar de *irmãs-gêmeas* e vinculadas ao conceito de *direito subjetivo*, devem ser vistas em seu verdadeiro dimensionamento, muito embora (adiante-se, de logo), também aqui, não haja consenso sobre as mesmas.

Assim, o *Direito Adquirido*, como lembra LIMONGI FRANÇA, é o *direito que o seu titular pode exercer*, visto que não lhe falta nenhuma das condições estabelecidas pela lei. Seu titular preencheu todas as exigências, inclusive aquelas que só o seriam após determinado tempo e/ou formalidade, ou seja, *a condição a termo*.

Um exemplo, estabelecendo um paralelo, poderá esclarecer melhor a questão.

Referimo-nos à *medida provisória em matéria tributária* (EC nº 32) que, embora editada e vigente, sua plena eficácia só ocorrerá quando, além de ter sido convertida pelo Congresso Nacional, dependerá de uma *condição a termo*, ou seja, o *exercício financeiro seguinte*, se tiver sido *convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada*.

Até que o *novo exercício financeiro* (entenda-se novo ano civil) se inicie, as regras da Medida Provisória não serão exigíveis. Da parte do Poder há uma *expectativa* de que poderá, *preenchida a condição*, tornar efetiva a norma prevista na Medida Provisória.

Em se tratando de *Expectativa de Direito*, as condições imediatas estão preenchidas, mas falta-lhe (para tornar-se *Direito Adquirido*) preencher algo, por exemplo, no caso da aposentadoria, ou o elemento *idade*, ou o elemento *tempo de serviço*. *Só após preenchidos todos os requisitos ou condições, a expectativa se transforma em direito adquirido*.

Finalmente, se tem falado em *Direito Acumulado*, isto é, no período em que se espera que a *expectativa se transforme em direito*, o seu titular somará direitos que, de imediato, poderão ser gozados como, por exemplo, no caso do trabalhador, as férias que não usufruídas, não se perdem, mas acumulam-se.

Neste caso, se não preenchidas as condições para o gozo do direito em expectativa, porque o contrato foi rescindido, acumulou ele o direito à indenização pelo período trabalhado e cujas férias não foram gozadas.

Transportemos este raciocínio para a aposentadoria do servidor público que, não tendo completado as condições para aposentação, venha ser atingido pelas mudanças legislativas que se anunciam, inclusive, quanto ao *teto remuneratório da aposentadoria*.

Sabendo-se que durante o período trabalhado descontou ele sobre o total do que percebia, e tendo uma *expectativa* de aposentar-se com o vencimento referente ao último mês de atividade, com o advento da Lei Nova, não tendo *direito adquirido* por falta de alguma condição (hoje, *idade* - 53 para homem e 48 para mulher - e *tempo de serviço*) e vendo modificado o teto remuneratório na aposentadoria, terá ele *direito acumulado* ao longo do tempo em que descontou sobre o total do que recebia, na *expectativa* e na *Boa-Fé* de um dia obter, na aposentadoria, o que percebia na atividade.

Em decorrência, a lei nova, se por um lado pode alterar as *expectativas* de que era portador, no caso concreto, o servidor público, por outro, diante do *Princípio da Boa-Fé* de que estava ele imbuído (até porque o desconto total lhe era imposto pelo Estado), deverá aquela proporcionar-lhe uma opção frente à nova sistemática: ou receber de volta, devidamente corrigida, a diferença que pagou a mais em relação ao teto agora fixado<sup>45</sup>, ou considerar todo o tempo anteriormente pago para, em uma regra diferenciada, oferecer-lhe uma aposentadoria em que sejam computados os dois sistemas - *desconto total* e *desconto limitado* - para daí fixar o valor de sua aposentação<sup>46</sup>.

Falou-se em *Princípio da Boa-Fé* e esta deve ser entendida, como ensina o *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*<sup>47</sup> como sendo "um dos elementos necessários à formação de *negócio jurídico* de qualquer natureza, quanto à atuação das partes ou de uma delas, agindo sem a intenção de causar prejuízo à outra ou a terceiro"<sup>48</sup>.

Em seguida, no sentido filosófico, ensina ainda o mesmo Dicionário, é o "estado resultante de agir com honestidade, sinceridade, fidelidade. Presunção de agir de acordo com a lei".

Assim entendido, o *Princípio da Boa-Fé* não poderá ser, sob nenhuma hipótese, desconhecido, mesmo que se argumente que a situação concreta é de *direito público*, com as particularidades do *regime jurídico de trabalho*, pois agir “sem a intenção de causar prejuízo à outra ou a terceiro”, aplica-se sem que caiba diferença entre as relações de direito público e/ou direito privado.

Por outro lado, vale lembrar que o referido *princípio* tem uma fundamentação constitucional, sobretudo, no art. 1º inciso III – “dignidade da pessoa humana”, que se repete no *caput* do art. 170 (ambos da CF/88), ao determinar que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...”

Ora, em se tratando de *dignidade humana*, o mínimo que se espera é que o Estado permita ao cidadão, no caso, sobretudo, ao seu servidor, confiar no sistema jurídico vigente, no qual ele, se por um lado, fez opções (ingressar no serviço público), por outro, esperava que as condições que o Estado lhe ofereceu, inclusive quanto ao futuro, fossem respeitadas.

### 3. CONSTITUIÇÃO, EMENDA CONSTITUCIONAL, DIREITO ADQUIRIDO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Encerrada a fase da *Revisão Constitucional* prevista no art. 3º do ADCT, da qual resultaram as Emendas nºs 1 a 6/94, tal não significou imobilismo do texto de 1988, que já sofreu, além daquelas, nada menos que 40 *Emendas*, a última das quais datada de 19 de dezembro de 2002<sup>49</sup>.

Toda esta possibilidade de alteração do texto constitucional, entretanto, não se fará ao bel-prazer do Poder Reformador, mas sim, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 60 da própria Constituição, o que significa dizer-se que são passíveis *do controle de Constitucionalidade*.

Dissemos no capítulo anterior (item 7.1), que no entendimento do STF, não lhe cabia apreciar a constitucionalidade do procedimento seguido pelo Poder Reformador, por entendê-lo matéria *interna corporis*, limitando-se à apreciação dos aspectos materiais da reforma.

Entretanto, por outro lado, tem entendido o Supremo Tribunal Federal ser cabível tal controle pela via do *Mandado de Segurança Individual ou Plúrimo*, impetrado por parlamentar (es) (não por *partido político*), com legitimação ativa para a proposição do *Mandado de*

*Segurança, com o fim de controle difuso da Constitucionalidade. Neste caso, o que se daria era a defesa do direito do parlamentar.*

Neste sentido, nos autos do *Mandado de Segurança 21.642*, Relator o Ministro, CELSO DE MELLO, decidiu aquela Corte nos seguintes termos<sup>50</sup>:

“- O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada.

- Todavia, cabe ser exercido em caso de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda a apresentação ou a deliberação.

- Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional”.

No mesmo sentido, encontramos o Acórdão proferido no *Mandado de Segurança 21.747*, Relator o Ministro CELSO DE MELLO<sup>51</sup>:

“- Cabe Mandado de Segurança, no curso do processo legislativo, contra emenda constitucional que viole o art. 60 § 4º da Constituição.

- A legitimidade ativa é de congressista, cujo direito subjetivo é ofendido, e não de partido político.

- A promulgação da Emenda Constitucional encerra o processo legislativo, não podendo prosseguir o mandado de segurança a importar no exame de constitucionalidade de lei em tese”.

Preocupado com o conteúdo da Emenda Constitucional, escreve JOSÉ NERI DA SILVEIRA em artigo intitulado *A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade*<sup>52</sup> que “possível será indicar, *ad exempla*, normas que, desde logo, definem conteúdos imutáveis da Constituição, tais como o art. 2º, quanto à separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define “direitos e garantias individuais”<sup>53</sup>; o art. 14, ao prever o sufrágio universal, o voto direto e secreto, e o art. 1º, ao consagrar a forma federativa do Estado brasileiro.

Nesse mesmo plano de considerações, parece acolhível a assertiva segundo a qual não cabe como objeto de deliberação emenda pretendendo introduzir a *Monarquia* ou o *Parlamentarismo*, eis que o constituinte originário decidiu submeter a plebiscito a forma e sistema de governo, para que o perfil do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição se tornasse definitivo. Ora, por força dos resultados do plebiscito de 21.4.93, a que se refere o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização da forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A

separação dos Poderes, própria do sistema presidencial, como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, III), por igual, é, assim, ponto insubstituível do sistema constitucional, diante dos resultados do plebiscito, com a expressão que lhe confere o art. 2º, da Lei Magna, ao preceituar:

Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” - conclui NERI DA SILVEIRA.

No tocante aos *Direitos e Garantias Individuais*, mais especificamente em relação ao *Direito Adquirido* tem sido difundido no Brasil, sobretudo, nos últimos anos, um posicionamento que visa, sobretudo, acobertar propostas que foram defendidas desde o Governo Collor de Melo, passando pelo de Fernando Henrique e que até o atual, encontra adeptos.

Segundo estes, frente às leis ordinárias, não se contesta a *intangibilidade do Direito adquirido fundado em direito anterior*, quando, então se admite, sem contestação, que este deve ser incorporado ao patrimônio do indivíduo, sob pena de comprometer-se o princípio constitucional da Irretroatividade das Leis<sup>54</sup>.

Entretanto, quando a *Intangibilidade do Direito adquirido* é colocada frente às *Emendas Constitucionais*, a questão toma outro rumo, isto porque, na justificativa apresentada por alguns, a Constituição refere-se apenas à lei, não se podendo englobar, portanto, a mudança formal da Lei Maior.

Evidentemente, que a simples leitura do que se disse às páginas anteriores, por si só, responderia às questões, não fosse o desvirtuamento proposital que vem sendo criado por alguns, com o intuito de justificar, de alguns anos para cá, as propaladas *Reformas Estruturais* (leiam-se *Emendas Constitucionais Inconstitucionais*) desejadas pelo Executivo Federal e por alguns Executivos Estaduais.

A fim de discutirmos a matéria, a análise do *Direito Adquirido* no tocante aos aspectos que, por enquanto, nos interessam, podemos partir das seguintes indagações:

- a) - *Existe Direito Adquirido frente à Constituição?*
- b) - *E frente à Emenda Constitucional?*

Inicialmente, vale a insistência quanto a um aspecto que já foi aventado: se em outros sistemas, *seria* até discutível que a Emenda Constitucional e a própria lei fossem aplicadas retroativamente, pois *o instituto não tem sede constitucional*<sup>55</sup>, em relação ao Brasil, as relações existentes entre o *Direito Adquirido* e a *Emenda Constitucional* têm

contornos muito especiais, isto porque, a CF de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXVI, na mesma linha dos textos nacionais precedentes, deu tratamento constitucional à matéria, colocando, no mesmo standard, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Não se admitir o respeito ao direito adquirido, significaria dar-se igual tratamento para o ato jurídico perfeito e a coisa julgada<sup>56</sup>.

Ademais, insista-se que, sendo o *Direito Adquirido um direito individual previsto no art. 5º*, encontra-se ele amparado pela cláusula da intangibilidade prevista nas Disposições Permanentes da CF, em seu art. 60 § 4º, inciso IV, a qual se dirige, indiferentemente, tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei, mas sempre em favor do cidadão (art. 1º, II), nunca em favor do Estado.

A propósito, decidiu o STF, nos autos do RE 184.099-4/DF, relator o Min. OCTÁVIO GALLOTTI que

*“Os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito são erigidos, pela Constituição, em garantia do indivíduo, perante o Estado, e não em sentido inverso”<sup>57</sup>.*

Um texto constitucional é resultado de um *Hiato Constitucional*, vale dizer, de um processo revolucionário. Não se vincula a nenhum *preceito jurídico-positivo* que lhe seja anterior, muito embora, também nesta hipótese, os *valores sociais* e o *Direito Natural* funcionem como limitações ao exercício do *Poder Constituinte*. Por isto, e só nesta hipótese, poderia a nova Constituição *desconstituir direitos adquiridos*<sup>58</sup> tal como aconteceu com a atual Constituição de 1988.

Entretanto, mesmo neste caso, ou seja, para a *desconstituição do direito adquirido*, há um *pressuposto de ordem formal*, a saber: a ressalva do não respeito aos direitos adquiridos com fundamento na Constituição anterior, terá que vir expressa, não podendo ser objeto de meras deduções interpretativas<sup>59</sup>, por parte dos *Poderes Constituídos* (Legislativo, Executivo ou Judiciário), inclusive, o *Poder Reformador*.

Neste sentido, idêntico é o posicionamento defendido pelo Min. NERI DA SILVEIRA<sup>60</sup>, ao escrever: “Outra significativa questão poderia se destacar, nesta definição do âmbito das cláusulas pétreas. Refiro-me ao *direito adquirido* previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. No dispositivo, estipula-se que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Decerto, emenda à Constituição não pode excluir de seu texto o inciso XXXVI do art. 5º, diante da cláusula posta no art. 60, § 4º, IV, por versar regra de garantia. Se se considerar, de outra parte, que a Constituição emprega o termo ‘lei’, em acepção estrita, como norma legislativa

infraconstitucional, dir-se-ia que não está, aí, interdita a ação do constituinte derivado, por via de 'emenda à Constituição'. Exato ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus poderes, inserir no texto da Constituição editada, disposição que venha alcançar direito adquirido. Assim ocorreu no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Lei Magna de 1988..."

E prossegue: "Do próprio texto transcrito, exsurge, entretanto, em relevo a significação da garantia do 'direito adquirido', como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador do sistema da Constituição, a ponto de ressaltar sua não-incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, ao determinar-se que não seria invocável na hipótese concretamente definida" <sup>61</sup>.

Com base no mencionado art. 17 do ADCT (CF/88), o Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança nº 21.856*, Relator Min. CELSO DE MELLO <sup>62</sup>, negou-lhe provimento, com base na ementa do Parecer exarado pelo Ministério Público, nos seguintes termos:

"Constitucional e Administrativo. Servidores Inativos. Art. 37, inciso XI, da Constituição Federal e 17 do ADCT. Limites máximos remuneratórios aplicáveis aos proventos da inatividade. Precedentes do STF".

Em sua fundamentação, o Ministro Relator apegou-se, exatamente, ao fato de que "*nenhuma situação jurídica é oponível à Constituição*", fundamentando seu entendimento, na posição de JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, em monografia intitulada *Da Retroatividade da Lei* <sup>63</sup>.

No caso da Emenda Constitucional, repita-se, a situação é outra <sup>64</sup>.

Resulta ela de um *Poder Reformador* (constituído, portanto) e que tem limitações fixadas pela mesma Constituição que previu e garantiu sua existência, isto porque, pelo menos sob o ângulo teórico, nada impediria que a Lei Maior não admitisse qualquer reforma em seu texto, imaginando-o *eterno e/ou imutável*.

A propósito, decidiu a 3ª Vara Federal de Minas Gerais:

"Direito adquirido, por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de segundo grau, uma vez que é limitado e condicionado pela Constituição" <sup>65</sup>.

No caso brasileiro, mormente após o advento da atual Constituição de 1988, ditos limites materiais ao Poder de Reforma, tal como se demonstrou, foram bastante ampliados, resultado (não temos dúvidas) do momento histórico em que foi elaborada.

A fim de facilitar o raciocínio, transcrevamos o que determina a Constituição Federal, em seu *art. 60 § 4º*, no qual estão fixados os denominados *limites materiais ao Poder de Reforma*:

*“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação de Poderes;
- IV - *os direitos e garantias individuais*” (destaque nosso).

Por sua vez, o *art. 5º, inciso XXXVI* determina:

*“A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”* (itálicos nossos).

Duas importantes observações devem ser feitas:

*a)* - destaque-se que o vocábulo *Lei* contido no mandamento transcrito engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no *art. 59* do texto constitucional pois, se assim não fosse, estaríamos admitindo que *só a Lei* (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

Em conseqüência, os *decretos legislativos* e as *resoluções*, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação prevista e determinada pelo inciso XXXVI do *art. 5º*?

É evidente, que ninguém, em sã consciência, concordaria com este raciocínio, não só por ferir ao *Espírito da Constituição*, mas, sobretudo, por ser destituído de qualquer consistência hermenêutica;

*b)* - quando se fala em *Emenda Constitucional* (vale a insistência), esta é manifestação de um *Poder Constituído* - o denominado *Poder de Reforma* -, integrando, nos termos do *art. 59* (CF, 1988), o *Processo Legislativo* e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa deste mesmo texto (*art. 60, § 4º*).

Neste sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO em seu *Curso de Direito Constitucional*<sup>66</sup> escreve que “em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera

publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. *Mas, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (exempli gratia, a inamovibilidade e vitaliciedade dos juízes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício*” (itálico nosso).

ELIVAL DA SILVA RAMOS <sup>67</sup>, mesma linha, é taxativo: “A despeito das variadas interpretações que correm acerca do preceituado no inciso IV do § 4º do art. 60 da Lei Maior, afigura-se nos estar muito próxima do consenso doutrinário a asserção de que não se pode, por emenda constitucional, eliminar a garantia que assegura proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ou mesmo reduzir-lhe a abrangência, por exemplo, suprimindo uma das categorias limitantes ou restringindo a proteção aos direitos adquiridos enquanto fatos pretéritos. Nesse sentido foi a nossa manifestação ao final do item precedente.

Ora, dessa decorrência da limitação material ao Constituinte de revisão, que lhe impõe o respeito ao princípio dos direitos e garantias fundamentais, há que se extrair outra, qual seja, a de que não é lícito às emendas constitucionais, ao disporem sobre determinadas matérias, causar prejuízo a direitos adquiridos, sejam eles de base infraconstitucional, sejam eles fundados em dispositivos da própria Constituição, sob pena de se admitir, por via oblíqua e dissimulada, que, paulatinamente, vá-se tornando a garantia letra morta, condenada a fazer parte da hedionda galeria das disposições constitucionais despregadas da realidade”.

O Ministro do STF, CARLOS AYRES BRITO tratou do tema em trabalho intitulado *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais* <sup>68</sup>, escrevendo que “em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no ‘processo legislativo’, sem exclusão das emendas”.

SÉRGIO FERREIRA D’ANDRÉA (*O Judiciário como Guardião da Segurança Jurídica*), depois de afirmar que “entre as garantias constitucionalmente asseguradas que encorpam o *princípio da segurança jurídica* estão a do *ato jurídico perfeito* e do *direito adquirido*, segundo

*cláusula pétrea* (CF, art. 60, § 4º, IV) contida no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna”<sup>69</sup>, doutrina que “cumpre, para a afirmação do *Estado Democrático de Direito*, impedirem-se os atentados à *segurança jurídica*, mercê da preservação dos *atos jurídicos perfeitos*, dos *direitos adquiridos*, do respeito ao *Direito já interpretado, revelado e executado*; da *ultra-atividade* de normas anteriores, que continuarão a ser aplicadas em relação às *situações já consolidadas*”<sup>70</sup>.

Finalmente, escreve: “Acentuemos que o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada* estão igualmente protegidos pela *cláusula de intangibilidade* do art. 60, § 4º, IV.

É claro que a vedação do atingimento abrange, não só a lesão pela abolição dos *institutos no sentido objetivo*, assim como o dano a qualquer uma *situação jurídica individualizada, já subjetivada*.

Outrossim, cumpre assinalar que a jurisprudência tem proclamado que “os direitos e garantias individuais” petreamente protegidos não se esgotam nos elencos do Título II da Carta Magna Nacional. Abrangem, por isso, também, aqueles que dizem respeito ao *servidor público* e ao *destinatário da Previdência Social*.

Com efeito, há de entender-se incabível alteração no conteúdo das regras que tenham por objeto os *direitos sociais*, inclusive os *direitos previdenciários* dos segurados e beneficiários em geral da Previdência Social, por se acharem protegidos pela *cláusula pétrea* estabelecida pelo art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal, eis que enquadrados na categoria de que a Carta Magna designa por *direitos individuais*”<sup>71</sup>.

Apesar de todas estas manifestações da melhor Doutrina nacional, o Projeto de Emenda Constitucional nº 40, a denominada *Reforma da Previdência*, traz pontos que se caracterizam por Inconstitucionalidades Materiais flagrantes.

Demonstrá-las, contudo, é tarefa que levaremos a efeito no capítulo seguinte<sup>72</sup>.

<sup>1</sup> Capítulo do livro *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição atualizada, revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, no prelo.

<sup>2</sup> *Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Diretor da Faculdade de Direito do Recife. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) - Doutorado (Teoria do Direito Comparado), Mestrado (Direito Constitucional) e Graduação. Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Livre Docente em Direito Constitucional (UERJ). Coordenador e Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado.*

<sup>3</sup> *In Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 274.

<sup>4</sup> EDUARDO ESPÍNOLA E EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, no livro *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* (Rio de Janeiro: Editora Renovar, Atualizada por Silva Pacheco, 1995, vol. 1º, pp. 264-265), traça um interessante levantamento do “problema intertemporal, no direito positivo brasileiro”, dividindo-o historicamente em vários períodos e indicando amplas referências a trabalhos doutrinários publicados em cada um deles.

<sup>5</sup> Brasília: Senado Federal, 1978, p. 385-386.

<sup>6</sup> O autor se refere ao art. 15, VIII da Carta de 1824, que apontava como atribuição da Assembléia Geral, “fazer Leis, interpretalas, suspendel-as, e revogal-as” (mantida a grafia original).

<sup>7</sup> Ob. cit. p. 74.

<sup>8</sup> São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp. 108-109.

<sup>9</sup> *Constituição Federal Brasileira (1891) Comentada*. Edição Fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 42. Mantida a grafia original.

<sup>10</sup> Ob. cit. p. 42. Destaque nosso.

<sup>11</sup> Interessante é a consulta ao livro de JOSÉ AFFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO, *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891 - 1924)*, no qual as decisões transcritas, de nºs 122, 124, 127, 129, 133, 134, 13i9, 143, 144, 151, 152, 154, 156, 157, 247, 252, 264, 353, 510, 1.261, 1.570-B, 1.645 e 1.779, referem-se ao art. 11, 3º sob análise. Rio de Janeiro: Typ. da Revista do Supremo Tribunal, 1925.

<sup>12</sup> Este preceito irá repetir-se nos diversos textos constitucionais brasileiros. Ver com relação a 1934, PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil – Tomo II, artigos 104 – 187. Disposições Transitórias. Emendas n. 1, n. 2 e n. 3*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, Waisseman, Koogan Ltda Ltda., 1937, pp. 81-137.

<sup>13</sup> Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 76.

<sup>14</sup> *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*, citado, pp. 114-115.

<sup>15</sup> Ob. cit. p. 76.

<sup>16</sup> Ob. cit. p. 76.

<sup>17</sup> Idem, p. 77.

<sup>18</sup> Manteve-se a citação integral. Hoje, pelo texto da CF/88, seria o art. 5º, inciso XXXVI, c/c o art. 60 § 4º, inciso IV.

<sup>19</sup> Ob. cit. p. 42. Destaque nosso.

<sup>20</sup> *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974, p. 25 e segs.

<sup>21</sup> Esta expressão – *Direito Acumulado* – vem tendo trânsito nos debates atuais frente às propostas de modificação da Previdência Social, anunciadas pelo Governo Luiz Inácio Lula da Silva.

<sup>22</sup> Buenos Aires, 1951, p. 5.

<sup>23</sup> Como primeiras indicações bibliográficas, vejam-se PONTES DE MIRANDA, “Incidência a Aplicação da Lei”. *Revista da OAB-PE*, Recife: ano I, nº 1, 1956, pp. 51-55; CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 103, jul/set, 1989, p.147-162; IVO DANTAS, *Poder Constituinte e Revolução - Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*. 2ª edição, Bauru: Editora Jalovi, 1986; IVO DANTAS, *Constituição Federal - Teoria e Prática, vol. I*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994; ÉRITO MACHADO, *A Retroatividade da Norma Constitucional*. 2ª edição, Salvador: s/d; ELIVAL DA SILVA RAMOS, *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003; CLÁUDIA TOLEDO, *Direito Adquirido & Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Reforma Constitucional e Direito Adquirido”. In *Poder Constituinte e Poder Popular – estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “O direito adquirido em face das modificações constitucionais”. In *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003; CARLOS MAXIMILIANO, *Direito Intertemporal ou Teoria da*

*Retroatividade das Leis*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946; NELSON BORGES, *Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Curitiba: Editora Juruá, 2000; BELIZÁRIO ANTÔNIO DE LACERDA, *Direito Adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999; FERDINAND LASSALLE, - *Théorie Systématique des Droits Acquis*. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1904, 2 tomes; ZÉLIO FURTADO DA SILVA, - *Direito Adquirido à luz da Jurisprudência do STF referente ao Servidor Público*. São Paulo: Editora de Direito, 2000; LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000; REYNALDO PORCHART, *Da Retroatividade das Leis Cíveis*. São Paulo: Duprat, 1909; MATOS PEIXOTO, "Limite Temporal da Lei". *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*. Rio de Janeiro: IX/9-47; CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Irretroatividade das Leis de Ordem Pública*. São Paulo: Revista Forense, 289/ 239-242. Idem, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 168, p. 148; PAULO MODESTO, *Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública*. Brasília: Editora ENAP (Escola Nacional de Administração Pública), 1995, p. 14; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Editora RT, 1981, pp. 111-119; R. LIMONGI FRANÇA, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 4ª edição, São Paulo: Editora RT, 1994; R. LIMONGI FRANÇA, *Jurisprudência da Irretroatividade e do Direito Adquirido*. São Paulo: Ed. RT, 1982; RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 265-283; JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: RT, 1995; JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; REYNALDO PORCHART, *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: CEN, 1937, vol. I, pp. 338-339; CAMEO, *Curso di Diritto Amministrativo*. Pádova: CEDAM, 1960.

<sup>24</sup>Apud LUISE. SARMIENTO GARCÍA, *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/d, p. 156.

<sup>25</sup> *Revista Jurídica do Trabalho*. Salvador / Lisboa: ano II, nº 4, janeiro / março, 1994, pp. 11.

<sup>26</sup> idem, p. 11.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>28</sup> 4ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 199.

<sup>29</sup> *Dictionnaire Constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, 1112 p.

<sup>30</sup> *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, 1328 p.

<sup>31</sup> *Diccionario de Derecho Político*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981, 767 p.

<sup>32</sup> Interessante determinação está inserida na Constituição Espanhola de 1978 (art. 9, 3): “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>33</sup> Em sua versão original de 1942, o art. 6º estava assim redigido: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

<sup>34</sup> Veja-se MARIA HELENA DINIZ, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, 416 p.

<sup>35</sup> 3ª edição, São Paulo: Editora RT, 1982, p. 204.

<sup>36</sup> ob. cit. p. 205. O autor refere-se ao Código revogado.

<sup>37</sup> *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo V, p. 101.

<sup>38</sup> Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, p. 47.

<sup>39</sup> 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989 (edição universitária), vol. II, p. 77.

<sup>40</sup> ob. cit. p. 78. Itálicos nossos.

<sup>41</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 413.

<sup>42</sup> Torino, Unione Tipografico - Editrice, Milano, Roma, Napoli, 1891, Volume Primo, p. 191.

<sup>43</sup> “É adquirido todo direito que: a)- é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b)- nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.

<sup>44</sup> Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 43.

<sup>45</sup> Neste sentido, ver o jornal *O Estado de São Paulo* (16. 01. 2003, p. A4), no qual ROQUE CARRAZZA, diante da situação, afirma: “O servidor pode não invocar o direito adquirido, mas a *boa-fé* burlada e pedir indenização”. E mais: “Tais modificações não são inconstitucionais, mas abriria espaço para indenizações que, na prática, podem equivaler à diferença do que o servidor receberia originalmente”.

No mesmo sentido, MARFAN MARTINS VIEIRA, Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (jornal *O Estado de São Paulo* (17. 01. 2003, p. A6),

<sup>46</sup> Esta possibilidade vem sendo anunciada pelo Governo. Ver jornal *O Estado de São Paulo* (16. 01. 2003, p. A4).

<sup>47</sup> Planejado, organizado e redigido por J. M. OTHON SIDOU. 7ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001, p. 109, verbetes.

<sup>48</sup> Ver EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, *O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002; JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública. O Conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>49</sup> Este texto foi revisado em 06.08.2004, poucas horas depois que a Câmara dos Deputados aprovou em 1º turno, o Substituto do Relator em relação à PEC 40/2003, a denominada Emenda da Previdência.

<sup>50</sup> *Revista de Direito Administrativo*, vol. 191, Jan-Mar, 1993, pp. 200-202.

<sup>51</sup> *Revista de Direito Administrativo*, vol. 193, Jul-Set, 1993, pp. 266-269.

<sup>52</sup> *Revista do Ministério Público - Nova Fase*. São Paulo: Editora RT, nº 35, 1995, pp. 16-17.

<sup>53</sup> Neste ponto, nosso entendimento é mais amplo, incluindo outros direitos que não se encontram topograficamente no art. 5º, mas que, materialmente, se referem a direitos e garantias individuais. Neste sentido, veja-se nosso livro *O Valor da Constituição* (2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001) e, dentre outros, OSCAR VILHENA VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*. São Paulo: Editora RT, 1994, pp. 91-92.

<sup>54</sup> Veja-se ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS, "O Direito Adquirido às Normas Constitucionais", publicado na *Revista Jurídica In Verbis*. Natal: UFRN / CCSA, vol. 02, nº 03, jan - jun / 96, pp. 79 - 89.

<sup>55</sup> RTJ, 168, p. 56.

<sup>56</sup> No sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de a Lei retroagir, resume-se à hipótese constitucionalmente prevista do art. 5º inciso XL, incorporada ao *Código Penal*, art. 2º parágrafo único.

<sup>57</sup> RT, 741: 195-9.

<sup>58</sup> Mesmo neste caso, já se fala na necessidade de que a nova

Constituição respeite, de forma absoluta, os *direitos adquiridos*, em razão de vivermos em pleno do séc. XXI, o instante maior da *cidadania*.

É o caso, por exemplo, de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Ministro do STJ, que expressou sua posição em conversa com o autor. Esta, contudo, é uma posição filosófica e não científico-jurídica, razão pela qual preferimos não discutir.

<sup>59</sup> Nesta direção, relembremos que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 17 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* abriu uma exceção ao *princípio da continuidade* ao determinar que “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

<sup>60</sup> *ob. cit.* p. 18.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>62</sup> *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, janeiro-março, 1996, vol. 203, pp. 159-162.

<sup>63</sup> São Paulo: Editora RT, 1995, pp. 312-313.

<sup>64</sup> Pacífico, nos dias atuais, é o entendimento de que a Emenda Constitucional é passível de controle. Por todas, veja-se a decisão proferida na ADIN 939, RTJ 151/755: “Emenda Constitucional emanada de Constituinte derivado, pode ser declarada inconstitucional pelo STF, cuja função precípua é de guardião da Constituição Federal”. Na Doutrina, veja-se JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, “O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de Jurisprudência”. In *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte: Editora Forum, nº 01, abr/ma/jun, 2003, pp. 135-151.

<sup>65</sup> *Revista Forense*, vol. 241, p. 262. Cf. JOSÉ CRETILLA JUNIOR, *Jurisprudência Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 75. No mesmo sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

<sup>66</sup> 18ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 25.

<sup>67</sup> *Ob. cit.* pp. 238-239.

<sup>68</sup> In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, nº 202, 1995, out./dez, pp. 75-80. A citação transcrita se encontra à p. 80. O mesmo artigo foi publicado em Aracaju: *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*, Ano V, 1995, nº 9.

<sup>69</sup> In *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário (Direito Aplicado)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1988, p. 417.

<sup>70</sup> Ob. cit. p. 419.

<sup>71</sup> Idem, p. 421.

<sup>72</sup> Repetimos: Este texto é capítulo do livro *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição atualizada, revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, no prelo.

## A RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL: UMA QUIMERA JURÍDICA?

João Hora Neto, Mestre em Direito Público, Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Sergipe e Juiz de Direito

*“O Direito é eterno, como eterna é a palavra de Deus”*

Miguel Reale

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A resolução por onerosidade excessiva no Código Civil de 2002 – 3. A resolução por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor – 4. As diferenças no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor – 5. Visão crítica do instituto no Novo Código Civil – 6. Proposta para alteração legislativa do instituto – 7. Conclusão – Bibliografia.

### 1 - INTRODUÇÃO

O vetusto princípio do *'pact sunt servanda'*, ao longo da História do Direito, e muito especialmente na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, sofreu fortes abalos em decorrência do revigoramento da cláusula *'rebus sic stantibus'*, hodiernamente denominada Teoria da Imprevisão. Efetivamente, na sociedade moderna - massificada e globalizada - freqüentemente os contratantes, no curso dos contratos de longa duração, vêem-se gravemente onerados à vista de acontecimentos supervenientes à formação do contrato. Daí, no mais das vezes, objetivam a revisão do contrato e não a sua resolução.

Malgrado tal desiderato, a resolução por onerosidade excessiva prevista no Novo Código Civil resume-se numa quimera jurídica, de difícil aplicação prática, na medida em que exige do contratante prejudicado a reunião de cinco requisitos, facultando-lhe apenas a opção pela resolução do contrato e não a sua revisão, como assim previsto se acha no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse cenário, pois, o estudo sugere a alteração legislativa do instituto, a fim de torná-lo mais factível e concreto, na esteira do Direito Civil-Constitucional, inclusive com a adoção de uma nova nomenclatura, ou seja, Teoria da Excessiva Onerosidade, bem diferente da secular Teoria da Imprevisão.

## 2 - A RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O instituto da resolução por onerosidade excessiva representa um dos corolários do novel princípio do direito contratual – o *princípio do equilíbrio econômico do contrato* – o qual, segundo a Professora Teresa Negreiros<sup>1</sup>, consagra a noção de que “o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante”. Em essência, o princípio busca alcançar o justo equilíbrio do contrato, a chamada Justiça Contratual, tendo inclusive matriz constitucional, pois deita raízes no princípio da igualdade substancial, previsto no artigo 3º inciso III da Constituição Federal.

Doutrinariamente, o princípio do equilíbrio econômico do contrato alberga duas vertentes, sendo uma referente à formação do contrato e, nesse viés, resulta como corolário o instituto da lesão e uma segunda vertente, referente à execução do contrato e, nesse viés, resulta como corolário o instituto da resolução por onerosidade excessiva, ora em comento.

O instituto da resolução por onerosidade excessiva, sem correspondência no Código Civil de 1916, tem sido apresentado, até então, como uma grande inovação do Novo Código Civil, sendo para uns digna de aplauso ou apologia, mas que, segundo outros doutrinadores, seu aparecimento é pouco inovador, entendendo-o até como um grave retrocesso.

No Código Civil de 2002, o instituto está previsto nos artigos 478, 479 e 480, *‘in verbis’*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Acerca do tema, a hodierna doutrina exara que cinco são os requisitos necessários para a aplicação do instituto, a teor do artigo 478 do CC/02, a saber:

2.1) **Contratos de execução continuada ou diferida:** somente se opera nos contratos de execução continuada ou sucessiva, isto é, naqueles contratos que se cumprem por meio de atos reiterados e que, portanto, a prestação *“tem de ser cumprida durante certo período de tempo, continuamente”*, conforme lição do mestre Orlando Gomes<sup>2</sup> e também nos contratos de execução diferida, isto é, naqueles contratos que devem ser cumpridos em um só ato mas em momento futuro, uma vez que a execução se protai em virtude de cláusula que a subordina a um termo (entrega, em determinada data, do objeto alienado, p.ex.).

Nesse diapasão, o seu campo de atuação se cinge aos contratos bilaterais comutativos e unilaterais onerosos, uma vez que estes possuem um lapso temporal entre a conclusão e a execução, não se aplicando aos contratos de execução instantânea, haja vista que estes se consumam em um só ato (compra e venda à vista, p. ex.), bem como nos contratos aleatórios, diante da sua própria natureza, segundo majoritária doutrina;

2.2) **Acontecimentos extraordinários e imprevisíveis:** isto é, reporta-se aos acontecimentos extraordinários, incomuns, inesperados, imprevisos e imprevisíveis pelos contratantes no momento da celebração do contrato.

Bem exemplificando a distinção entre acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, registre-se a lição do Professor Sílvio de Salvo Venozza<sup>3</sup>: *“Em primeiro lugar, devem ocorrer acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Como examinamos, tais acontecimentos não podem ser exclusivamente subjetivos. Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da avença. Um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência; neste sentido,*

*tem decidido a jurisprudência majoritária(1º TACRSP – AC 660769-4, 22-4-98, Rel. Juiz Márcio Franklin Nogueira).”;*

2.3) **Prestação excessivamente onerosa para uma das partes:** refere-se à alteração do montante da prestação - de forma grave, substancial e custosa - ao ponto de tornar o seu cumprimento um sacrifício muito além do que poderia antever o prejudicado no momento da celebração do contrato, comprometendo assim a viabilidade econômica do mesmo;

2.4) **Exagerada vantagem para a outra parte:** trata-se do enriquecimento indevido, do lucro exorbitante aproveitado pela parte contratante que não sofre a onerosidade excessiva, e que reflete, de conseguinte, num considerável aumento patrimonial a seu favor;

2.5) **Resolução:** entendida como uma causa anormal da extinção dos contratos, decorrente de uma causa superveniente à sua formação, consoante bem explica Carlos Roberto Gonçalves<sup>4</sup>, *‘verbis’*: “*Algumas vezes o contrato extingue-se antes de ter alcançado o seu fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido cumpridas. Várias causas acarretam essa extinção anormal. Algumas são anteriores ou contemporâneas à formação do contrato; outras, supervenientes.*” No caso, o mesmo autor aponta a resolução por onerosidade excessiva como sendo uma das causas supervenientes à criação ou formação do contrato capaz de o extinguir, sem cumprimento.

Nessa seara, pois, o instituto da resolução por onerosidade excessiva – também denominado de Teoria da Imprevisão, segundo alguns – somente se opera e se aplica uma vez presentes todos os requisitos supra/retro mencionados, **simultaneamente**, o que ocasiona, a meu juízo, um enorme impasse jurídico, à vista da sua pouca ou nenhuma utilidade prática, conforme em adiante vaticino.

### 3. A RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Tratado diferentemente no Código de Defesa do Consumidor, a resolução por onerosidade excessiva ou teoria da imprevisão se acha insculpida no artigo 6º inciso V parte final do CDC, *‘verbis’*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

.....;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua **revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas**(o grifo é nosso);

Nessa seara, a primeira grande característica do instituto é o fato de ser aplicável às relações de consumo, entendida estas segundo os critérios da vulnerabilidade de um dos contratantes e do lucro em caráter permanente do outro, o que faz distinguir, em apertada síntese, as relações consumeristas das relações civilísticas.

Não obstante, a meu juízo, perante o CDC o instituto apresenta apenas quatro requisitos:

**3.1) Contratos de execução continuada, diferida e contratos aleatórios:** basicamente, a prestação deve ser duradoura ou periódica, restringindo-se aos contratos bilaterais comutativos e unilaterais onerosos – *conforme já explicado retro, item 2.1* – podendo todavia ser aplicado aos contratos aleatórios, os quais, apesar de conter um risco inato, eventualmente o consumidor pode ser excessivamente onerado, como, por exemplo, na hipótese de um contrato de seguro em que a seguradora eleve em demasia o valor do prêmio, sob o argumento do agravamento dos riscos além do que era possível antever no contrato.

E para reforçar esse entendimento, ou seja, da possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão em sede de contratos aleatórios, trago à baila o magistério de Fabiana Rodrigues Barletta<sup>5</sup>: *“Note-se que, no seguro, a âlea do contrato está na ocorrência ou não do sinistro. Se o sinistro não ocorre e o consumidor continua pagando o prêmio sem receber nenhuma contraprestação, não é possível dizer que o consumidor sofre excessiva onerosidade. Entretanto, se, por motivos supervenientes à formação do contrato, o prêmio pago sucessivamente pelo consumidor apresenta-se supermajorado por circunstâncias que o consumidor não ocasionou, na forma permitida pelo artigo 1.453 do Código Civil de 1916, o montante destas prestações poderá ser revisto. Observe-se que, corretamente, tal artigo não possui correspondente no Código Civil de 2002. Parece que o codificador atentou para a excessiva onerosidade que poderia sofrer o segurado se aplicada ao caso concreto a hipótese prevista no artigo revogado.”;*

**3.2) Onerosidade excessiva do consumidor:** nesse aspecto, observe-se que o Estado-Juiz é quem avaliará, com base numa interpretação sistemática e axiológica da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor, se o consumidor se acha ou não em situação de onerosidade excessiva - entendida esta como a extrema dificuldade para cumprir a obrigação assumida - ao ponto mesmo de levá-lo à ruína, à pobreza, à marginalização, violando enfim a sua própria dignidade humana. Para tanto, deve o Julgador examinar se a alegada onerosidade é ou não **objetivamente** excessiva, isto é, se a suposta prestação questionada se configura excessivamente onerosa

não apenas para o devedor de *'per si'*, e sim para toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição;

3.3) **Fatos supervenientes:** reporta-se a qualquer acontecimento, sobrevindo à celebração do contrato, e que resulta em excessiva onerosidade, importando na quebra do princípio da equidade que deve presidir toda e qualquer avença. Contudo, perante o CDC, tais acontecimentos supervenientes não precisam ser anormais, extraordinários ou imprevisíveis, devendo o Julgador aferir tais fatos de maneira objetiva, sendo prudente observar que, apesar da vagueza da expressão (fatos supervenientes), o consumidor jamais poderá ser causador do fato superveniente motivador da onerosidade excessiva, pois, dessa forma, estaria se chancelando a má-fé e a torpeza;

3.4) **Revisão:** prevê o direito de revisão do contrato e não o de resolução, não afastando, contudo, este último, se assim a revisão se mostrar uma medida insuficiente.

O direito de revisão tem liame com o princípio da conservação do contrato, estando este princípio explicitamente expresso no artigo 51 § 2º do CDC e implicitamente expresso no próprio artigo 6º inciso V parte final (ora em comento), pois a teleologia da revisão é no sentido da conservação do pacto. De fato, geralmente, as partes não desejam a resolução (extinção) do contrato, mas apenas a sua revisão, ou seja, alguns reajustes para se manter e cumprir as legítimas expectativas de ambos os contratantes, o fornecedor e o consumidor.

A revisão dá-se judicialmente, mediante sentença com efeito *'ex tunc'*, ou seja, produz efeito entre as partes e com retroatividade desde o surgimento da circunstância que gerou a excessiva onerosidade.

Registre-se, por oportuno, que a doutrina aplaude o contido na aludida norma (art. 6º inciso V do CDC), ou seja, o direito de revisão, valendo-se consignar o entendimento do Advogado Renato José de Moraes<sup>6</sup>: *"Parece-nos extremamente relevante que o direito do consumidor, ramo que tem uma enorme abrangência, pelo número e importância das relações jurídicas que regula, tenha previsto a revisão das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. Não trata o citado dispositivo do Código do Consumidor de fatos imprevisíveis, ou da ausência de culpa da parte prejudicada, ou da delimitação do que seria o desequilíbrio acentuado; ele deixa em aberto a questão, cabendo ao julgador determinar se, no caso concreto, convém ou não revisar o conteúdo contratual."*

#### 4. AS DIFERENÇAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

À evidência, segundo já exposto, a resolução por onerosidade excessiva tem tratamento diverso no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Basicamente, reside a diferença no fato de o instituto, no CDC, ensejar a revisão contratual, iluminado pelo princípio da conservação do contrato, enquanto que no Código Civil o instituto resultar na resolução, em regra, consoante assim resume Rogério Ferraz Donnini<sup>7</sup>: *“O CDC, ao contrário da construção doutrinária e jurisprudencial relativa à aplicação da teoria da imprevisão na relação entre particulares, procura a conservação do contrato de consumo, e não a resolução deste.”*

Didaticamente, vislumbro algumas diferenças pontuais, a saber:

4.1) Em sede de direito do consumidor, a comprovação da *onerosidade excessiva* não se acha atrelada ao requisito da *exagerada vantagem para a outra parte*, ou seja, não se exige que importe em extrema vantagem para o fornecedor - como assim dispõe e prevê o Novo Código Civil - uma vez que o CDC adotou uma postura desvinculada do enriquecimento sem causa e que, portanto, é bastante a prova de que a prestação se tornou excessivamente onerosa para o consumidor, independente desse excesso se reverter em favor do fornecedor.

A questão, contudo, não é pacífica. Por exemplo, apesar de uma parcela considerável da doutrina defender que a onerosidade excessiva já provoque, por via reflexa, o lucro indevido e exagerado da outra parte, há casos que assim não ocorre, na medida que a onerosidade excessiva não implica, necessariamente, no lucro indevido da outra parte, conforme bem exemplificado pela Advogada Mônica Yoshizato Bierwagen<sup>8</sup>: *“Imagine-se o caso do pequeno empreiteiro do interior que se compromete a construir um único imóvel, e que, no curso do contrato, vê-se surpreendido pela dobra do preço do cimento na região forçada pela presença de uma empreiteira que inicia a construção de um grande condomínio. A onerosidade excessiva experimentada pelo pequeno empreiteiro não se reflete em favor do dono da obra, que receberá o mesmo produto anteriormente contratado, não havendo, dessarte, exagerada “vantagem”.”*

4.2) Em sede de direito do consumidor, é bastante a ocorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis após a celebração do contrato, não se fazendo necessário que esses fatos sejam também imprevisíveis e extraordinários, segundo a dicção do Novo Código Civil, na medi-

da em que muitas situações passíveis de previsão podem causar uma prestação absolutamente desproporcional, ou mesmo causar a qualquer dos contraentes o cumprimento de uma obrigação excessivamente onerosa, como foi o caso, por exemplo, do surto inflacionário que acometeu o país antes do Plano Real.

E para justificar as razões consumeristas – a meu juízo, acertadíssimas – transcrevo a lúcida explicação de Rogério Ferraz Donnini<sup>9</sup>: *“Embora a modificação desse requisito pudesse ensejar até mesmo a descaracterização da cláusula rebus sic stantibus, entendemos que bastaria a existência de um acontecimento superveniente e imprevisível para a aplicação dessa teoria, e não um fato extraordinário e imprevisível. Se, v.g., os contratantes celebram uma avença em determinado momento de estabilidade econômica e, posteriormente, ocorre um enorme desequilíbrio contratual provocado pelo súbito e elevadíssimo aumento de preços, seja por interferência governamental ou outro motivo capaz de causar excessiva onerosidade a uma das partes, tornando praticamente impossível o cumprimento da obrigação, pode-se afirmar que existiu, nesse exemplo, um fato imprevisível, mas não imprevisível e extraordinário. Em sendo assim, bastaria a existência de um fato imprevisível, vale dizer, um fato que se fosse previsto não teria levado os contraentes à celebração do pacto, para que o Poder Judiciário interferisse no contrato, a pedido do interessado, modificando a cláusula ou cláusulas que estabelecessem prestações desproporcionais ou causassem excessiva onerosidade a qualquer dos contratantes, ou ainda para que fosse extinta a relação contratual, desde que requerida a sua resolução.”;*

4.3) Em sede de direito do consumidor, o direito de revisão contratual é uma prerrogativa de ambos os contratantes (consumidor e fornecedor), desde quando a onerosidade excessiva seja superveniente à formação do contrato. Contudo, malgrado tal premissa, tanto um quanto outro precisam agir com probidade e lealdade recíprocas, imantados pelo princípio da boa-fé objetiva, sendo certo que o consumidor não tem direito à revisão se por ato próprio der azo à onerosidade excessiva ou se não pedir a revisão do contrato antes de entrar em mora, salvo se justificável o atraso, aferível judicialmente.

Na sistemática do CDC, o direito de revisão contratual está umbilicalmente atrelado ao princípio da conservação do contrato até porque, no mais das vezes, qualquer dos contraentes deseja apenas o reajuste ou reexame do contrato, uma vez que continuam a almejar o escopo final da avença contratada, não lhes interessando a resolução ou extinção sumária, de plano, como apenas assim coteja o Novo Código Civil.

De forma inconteste, perante o CDC, a regra é a manutenção do contrato, consoante bem assesta Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>10</sup>: “**CDC. Manutenção do contrato.** Nas relações de consumo, reguladas pelo CDC, a consequência que o sistema dá quando verificada a onerosidade excessiva não é o da resolução do contrato de consumo, mas o da revisão e modificação da cláusula ensejadora da referida onerosidade, mantendo-se o contrato (princípio da conservação contratual). A modificação será feita mediante sentença determinativa (festsetzendes Urteil): o juiz não substitui, mas integra o negócio jurídico (em situação assemelhada à da jurisdição voluntária – CPC 1103 et seq.), redigindo a nova cláusula. V. CDC 6º V.”

E para argüir a revisão – *repita-se* – não se faz necessário provar que os fatos supervenientes à contratação tenham a conotação da imprevisibilidade ou extraordinariedade exigidas pelo Código Civil de 2002, posto que, em sede consumerista, a revisão dá-se puramente, fundada tão-somente na onerosidade excessiva, conforme bem enfatiza o eminente Luiz Antonio Rizzatto Nunes<sup>11</sup>: “*Não se trata da cláusula rebus sic stantibus, mas, sim, de revisão pura, decorrente de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos.*”

*Explique-se bem.* A teoria da imprevisão prevista na regra do rebus sic stantibus tem como pressuposto o fato de que, na oportunidade da assinatura do contrato, as partes não tinham condições de prever aqueles acontecimentos, que acabaram surgindo.

Por isso se fala em imprevisão. A alteração do contrato em época futura tem como base certos fatos que no passado, quando do fechamento do negócio, as partes não tinham condições de prever.

Na sistemática do CDC não há necessidade desse exercício todo. Para que se faça a revisão do contrato, basta que **após** ter ele sido firmado surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. Não se pergunta, nem interessa saber, se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor.”

À título de ilustração, e na esteira do magistério de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a jurisprudência pátria tem adotado igual entendimento, *‘verbis’*:

**REVISÃO DE CONTRATO.** Arrendamento mercantil (leasing). Relação de consumo. Indexação em moeda estrangeira (dólar). Crise cambial de janeiro de 1999. Plano Real. Aplicabilidade do art. 6º, V, do CDC. Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consu-

midor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior.

*Ementa: O preceito insculpido no inc. V do art. 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor...Resp 268.661-RJ-3ª T.-STJ-j.16.08.2001 - rela. Ministra Nancy Andrighi - DJU 24.09.2001.*<sup>12</sup>

## 5. VISÃO CRÍTICA DO INSTITUTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Induvidosamente, o tratamento conferido ao instituto no Código Civil de 2002 não é merecedor de elogio; contrariamente, é passível de crítica, uma diatribe inclusive.

'*Re vera*', da forma como se acha previsto nos artigos 478 a 480 a sua aplicação prática será remotíssima, haja vista que será praticamente inatingível a reunião dos cinco requisitos exigidos para o reconhecimento do instituto, conforme já aventado.

Vejamos a casuística!

Por exemplo, imagine-se a hipótese de um pequeno empreiteiro alegar e provar em juízo a ocorrência **simultânea** dos cinco requisitos, quais sejam: o contrato de trato sucessivo; a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; a prestação excessivamente onerosa para ele empreiteiro; a exagerada vantagem para a outra parte, o dono da obra; e, por fim, pleitear tão somente a resolução?...Sem dúvida, vê-se que é uma tarefa árdua, uma *prova diabólica*, até porque não socorre ao prejudicado(diga-se, o empreiteiro), o princípio da inversão do ônus da prova, por se tratar de um contrato civilístico e não consumerista.

E não é só isso. A meu juízo, outros graves empecilhos de ordem prática são facilmente perceptíveis, senão vejamos:

5.1) O requisito da *extrema vantagem para a outra parte*(art. 478), consoante já demonstrado, se traduz em algo completamente desarrazoado, uma vez que a comprovação da onerosidade excessiva por si só basta para atestar-se o desequilíbrio do contrato, até porque há inúmeras situações em que a onerosidade excessiva é patente sem que haja *extrema vantagem para a outra parte*, ou melhor, o lucro indevido. Nesse sentido, pois, é o magistério do Professor Rogério Ferraz Donnini<sup>13</sup>: "*Apenas exemplificando, numa relação entre particulares, se determinados contraentes ajustam a compra de dado produto impor-*

*tado, e, após o pagamento de várias parcelas do pacto, o governo, repentinamente, modifica a alíquota dessa mercadoria, tornando-a cem por cento mais cara, há, no caso, uma onerosidade excessiva do contrato para o vendedor. Não se pode afirmar, todavia, que necessariamente o comprador teve lucro indevido. Isso porque o comprador pode não conseguir, eventualmente, repassar esse acréscimo numa venda posterior, não se configurando a existência de lucro excessivo."*

5.2) O requisito da *resolução* do contrato como único remédio para a onerosidade excessiva (art. 478) igualmente se traduz em algo disparatado, haja vista que, de regra, o

que o contratante prejudicado deseja é a continuidade do contrato (princípio da conservação), desde que reajustado a níveis razoáveis. Na sistemática atual, contudo, não obstante almejar o escopo do contrato (a aquisição da casa própria, por exemplo), o contratante prejudicado não pode requerer a revisão e sim a resolução, o que se reveste numa flagrante injustiça, em detrimento mesmo da nova principiologia do direito contratual.

Em contratos como tais (de financiamento da casa própria, por exemplo), ainda que civilísticos sejam classificados, é imperioso que se observe que a eventual onerosidade excessiva da prestação deve permitir a revisão contratual, até porque, na grande maioria

dos casos, o mutuário não pretende mudar-se para outro imóvel - *um outro bairro por exemplo* - uma vez que ali já reside há muito tempo, inclusive já estabelecido relações dos mais variados matizes (profissionais, comerciais, culturais e sociais), dele próprio e da sua família.

Nesse sentido, eis o exemplo da lavra da Advogada Mônica Yoschizato Bierwagen<sup>14</sup>, em igual sintonia: "*Assim, se alguém compra uma casa a prestações, prevendo que tal negócio compromete determinado percentual de seu orçamento e, repentinamente, tais prestações se elevam, impossibilitando-o de honrar outros compromissos mais prioritários, é evidente que a decisão de desfazer a compra da casa vincula-se não à perda de interesse no negócio (mormente se estiver prestes a terminar a execução), mas na impossibilidade de assumir a diferença imposta pelas circunstâncias."*

5.3) Nos termos do artigo 479 do CC/02, que assim exara: "*A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato"*, demonstra cabalmente que o Novo Código ao prever, como regra, a resolução no seu art. 478, excepcionalmente permite a revisão, se e unicamente o réu, ou seja, a parte não prejudicada assim concordar.

Sem dúvida, eis uma regra absurda! À luz dessa paradoxal literalidade legal, a parte prejudicada, de resto o devedor, deve requerer apenas a resolução, conforme expresso no artigo 478, sendo que, acaso o réu(o credor) aceite ou concorde, é possível ao juiz revisar o contrato.

Trata-se de uma situação insólita, antinômica até, haja vista que a opção pela revisão do contrato só é cabente à parte não prejudicada(ao réu, o credor), não sendo permitida a ambas as partes.

Em suma: a única possibilidade de revisão se acha em poder e ao arbítrio da parte não prejudicada(o credor), sendo certo que, acaso o prejudicado(devedor) venha a requerer a revisão do contrato e não a resolução, o juiz só poderá revê-lo se o prejudicado provar o requisito da *extrema vantagem para a outra parte*, ou seja, o lucro indevido do credor, bem como se este(a parte não prejudicada) concordar com a revisão, pois, consoante já dito, a revisão é uma prerrogativa sua, exclusivamente;

5.4) Por derradeiro, um outro disparate salta aos olhos, à luz do estatuído no artigo 480: “*Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva*”.

De ‘*per si*’, a compreensão do dispositivo é fácil, sem qualquer reparo a fazer.

Nada obstante, uma vez confrontado com o artigo 478, exsurge um grave imbróglio

jurídico, senão vejamos: em se tratando de contratos unilaterais, ou seja, de contratos em que as prestações só recaem para um dos contratantes(doação, comodato, depósito, mandato, p.ex.) ou em que apenas uma das partes se obriga em face da outra, a parte prejudicada pode requerer a revisão com base apenas na onerosidade excessiva; contudo, em se tratando de contrato bilateral(art. 478), a parte prejudicada só pode requerer a resolução(e não a revisão), desde que com base na onerosidade excessiva e também na extrema vantagem para a outra parte.

De conseguinte, instaura-se o descompasso: para os contratos unilaterais(art. 480) a solução é menos gravosa, menos exigente, e permite a revisão do contrato, enquanto que para os contratos bilaterais(comutativos, art. 478), a solução é mais gravosa, exigente e só permite a resolução, resultando num tratamento diferenciado para uma mesma situação fática – *o desequilíbrio contratual em decorrência da*

*onerosidade excessiva* – e que vai de encontro à moderna principiologia do contrato (princípios da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato).

## 6. PROPOSTA PARA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO INSTITUTO

Indubitavelmente, à vista do aqui expendido, o instituto da resolução por onerosidade excessiva, da forma como se acha insculpido no Novo Código Civil, redundando numa construção jurídica monstruosa, obsoleta, ou, como alhures vaticinado: numa quimera jurídica!

A sua aplicação prática é de remota ocorrência, infrequente, à vista da *prova diabólica* a cargo do contratante prejudicado, além de compelido a reunir os cinco requisitos exigidos pelo artigo 478, conforme já mencionado.

Para o Novo Código Civil, o perfil do instituto se cinge essencialmente à resolução do contrato (art. 478) e, excepcionalmente, à revisão contratual (art. 479), ficando esta ao arbítrio exclusivo do contratante beneficiado, resultando assim numa fantasia jurídica, de interesse meramente acadêmico e completamente dissociado da realização prática do Direito, ou melhor, da sua efetiva concretude, na esteira do chamado Direito Civil-Constitucional.

Todavia, malgrado tão funesta conclusão, advogo e propugno a alteração legislativa do instituto a fim de adotar o mesmo perfil expresso no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a tônica revisional – segundo a dicção do princípio da conservação do contrato – admitindo-se, em caráter excepcional e à escolha de qualquer dos contratantes, também a opção pela resolução do contrato.

Basicamente, *'de lege ferenda'*, entendo deva ser expurgado do instituto os requisitos da *'extrema vantagem para a outra parte'*, bem como o da necessidade de *'acontecimentos extraordinários e imprevisíveis'*, além do que entendo imprescindível a admissão do direito de revisão para ambas as partes (prejudicada e não prejudicada), e alternativamente o direito de resolução, igualmente facultado para ambas as partes, cabendo ao Juiz decidir pela manutenção (revisão) ou resolução (extinção) do contrato.

Nesse diapasão, ainda *'de lege ferenda'*, o instituto exigiria apenas quatro requisitos, seguindo o mesmo enfoque adotado pelo CDC, a saber:

- a) vigência de um contrato comutativo ou unilateral oneroso de trato sucessivo e diferido, inclusive contrato aleatório;
- b) modificação considerável das condições econômicas no momento da execução do contrato, diante de acontecimento imprevisível, em confronto com as do momento de sua formação;
- c) onerosidade excessiva para qualquer dos contraentes;
- d) revisão e, alternativamente, resolução do contrato.

Dessarte, nessa perspectiva de mudança, até mesmo a nomenclatura da teoria seria alterada, ou seja, de Teoria da Imprevisão (segundo uma parcela considerável da doutrina) para Teoria da Excessiva Onerosidade, posto que, de acordo com parcela minoritária da doutrina, a qual também acompanho, os institutos sempre tiveram natureza jurídica diferenciada, jamais se confundindo entre si.

Em corolário, pois, trago à baila a sugestão legislativa propugnada e de autoria de Regina Beatriz Papa dos Santos<sup>15</sup>, e que ora adoto, *'mutatis mutandis'*:

*"DA EXCESSIVA ONEROSIDADE*

Art...Nos contratos de execução sucessiva e diferida, inclusive aleatórios, caso as prestações tornem-se desproporcionais ou excessivamente onerosas, diante de fato superveniente à celebração do contrato, pode a parte prejudicada requerer a sua revisão ou resolução.

*Art...Na hipótese de ser requerida a revisão do contrato, pode a outra parte opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução, caso a manutenção do contrato lhe provoque danos, diante das modificações das cláusulas contratuais."*

Portanto, à vista do aqui exposto, convencido estou de que a resolução por onerosidade excessiva se acha epigrafada no Novo Código Civil de forma acanhada, coxa, perfunctória e pueril, beirando mesmo ao doce vivenciar do mundo dos Deuses, mas colossalmente distante do mundo dos Homens – do homem globalizado, brasileiro, nordestino...

Enfim, trata-se uma quimera jurídica, eis o meu vaticínio!

## 7. CONCLUSÃO

Apesar de anunciado como sendo uma das grandes inovações do Novo Código Civil, a resolução por onerosidade excessiva – capitulada nos artigos 478 a 480 – garante cinco requisitos de difícil aplicação prática. Os requisitos da *'extrema vantagem para a outra par-*

te' e os 'acontecimentos imprevisíveis e extraordinários', afora a possibilidade única do prejudicado requerer a 'resolução' e não a revisão, transmudam o instituto em algo obsoleto, muito aquém do tratamento conferido ao mesmo perante o Código de Defesa do Consumidor, pois, neste Diploma, a tônica é o direito de revisão do contrato, uma vez presente a onerosidade excessiva advinda de fatos supervenientes.

A grafia do instituto no Novo Código Civil é a um só tempo paradoxal e meramente teórica, não atendendo aos reclamos de uma sociedade plural, massificada e globalizada.

De conseguinte, propugna-se que se produza uma mudança legislativa, expurgando do instituto, 'de lege ferenda', os requisitos da 'extrema vantagem para a outra parte' e dos 'acontecimentos extraordinários e imprevisíveis', além de conferir a ambos os contraentes o direito de revisão do contrato e, alternativamente, o direito de resolução, sendo certo que, em não havendo qualquer alteração legislativa 'ad futuram', a resolução por onerosidade excessiva dormitará no Código Civil, tal qual uma quimera jurídica.

#### Bibliografia

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações. Parte Especial. Contratos*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Renato José. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

SANTOS, Regina Beatriz Papa dos. *Cláusula "rebus sic stantibus" ou teoria da imprevisão - revisão contratual*. Belém: Cejup, 1989.

VENOZA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2.

YOSHIZATO, Mônica Bierwagen. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>1</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 79.

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 465.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações. Parte Especial. Tomo I – Contratos*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 51.

<sup>5</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147.

<sup>6</sup> MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281.

<sup>7</sup> DONINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 169.

<sup>8</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

<sup>9</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, p. 65-66.

<sup>10</sup> JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 193.

<sup>11</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 118.

<sup>12</sup> *Acórdãos*. In: *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, janeiro-março, 2002, v. 41, p. 296-297.

<sup>13</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>14</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Op. cit.*, p. 72

<sup>15</sup> SANTOS, Regina Beatriz Papa dos. *Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão – revisão contratual*. Belém: Cejup, 1989, p. 54.

## FRAGMENTAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO: (DES)CONSTRUINDO A SENTENÇA

**Francisco Alves Junior, Juiz de Direito e Professor da ESMESE**

*“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”*

Rui Barbosa.

*“O processo leva consigo uma carga de sacrifício (eu ousaria dizer: - de dor) que nenhuma sentença pode reparar”*

Eduardo J. Couture.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A normatividade dos princípios 3. Acesso à justiça e devido processo legal: o direito fundamental ao procedimento adequado e ao julgamento em tempo razoável, sem dilações indevidas 4. Provimento em relação à parte incontroversa da demanda: antecipação de tutela ou julgamento antecipado parcial? 5. Tutela antecipada, resolução parcial do mérito e ineficácia imediata da sentença: sistema (?) recursal 6. Conclusões

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar as implicações do § 6º do art. 273, do Código de Processo Civil (CPC), introduzido pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Qual o alcance do dispositivo? Qual a natureza da decisão tomada com base nele? Qual o tipo de cognição que lhe serve de fundamento? Quais os reflexos sobre o sistema de julgamento, a execução e o sistema recursal? Estas são algumas indagações diante da nova regra.

Parte-se da revisão acerca da principiologia básica, dentro da teoria geral do processo, para checar as conseqüências do excesso de tempo na prestação jurisdicional, quando se tem redução parcial da controvérsia posta em juízo, bem como as respostas legais que o sistema vem procurando dar ao usuário e as que são possíveis a partir do próprio texto constitucional, sem os reducionismos desarrazoados, acaso impostos pelo legislador ordinário.

A hipótese é de que existem soluções mais adequadas do que a simples novidade literal do dispositivo, se efetivamente considerados os princípios constitucionais que regem o processo.

Em função das naturais limitações do trabalho, muitas das questões serão abordadas sem a pretensão de esgotamento mas, antes, objetivando suscitar dúvidas e contribuir para a discussão, com a consciência da fundamental importância do debate para o progresso científico.

## 2. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Há unanimidade quanto a normatividade dos princípios jurídicos (ESPÍNDOLA, 2002, p. 60). A atual fase do Direito, denominada pós-positivista, é marcada pela ruptura com esquemas normativos baseados em pura lógica formal. Os princípios se revelam como normas superiores, a orientar a criação, a interpretação e a aplicação de outras normas pois

fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio *versus* norma, uma vez que, pelo novo discurso metodológico, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Isto já se acha perfeitamente elucidado, definido, reconhecido e difundido (BONAVIDES, 2002, p. 248).

Portanto, no estudo do caso a ser resolvido ou da regra a ser interpretada, deve o jurista partir do princípio, estudar o assunto com "a lente" do princípio, a fim de alcançar a finalidade expressa no próprio princípio, num raciocínio que bem poderia ser representado por um movimento circular, donde se parte do princípio, mantém-se nos "trilhos" do princípio, a fim de se chegar ao princípio mesmo. Por esta razão, não é absurdo dizer que princípio jurídico é princípio, meio e fim.

Não obstante a consciência deste estágio no plano do estudo e da teoria, boa parte do ensino e da praxe forense ainda se guia pelo modelo do normativismo positivista, no qual os princípios têm conotação fraca.

Ao que parece, a referência à superior normatividade dos princípios muita vez não passa de simples discurso, não resultando em novas e adequadas posturas dos operadores do sistema processual, confirmando a tese de que o processo reclama uma urgente “mudança de mentalidade” (DINAMARCO, 1994, p. 271), muito mais do que mudanças legislativas.

Convém então frisar a importância da adequada interpretação dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que esta área pode ser considerada um verdadeiro *habitat* dos princípios.

Os direitos e garantias fundamentais compõem o “núcleo duro” da Constituição e, devido a esta sua peculiar característica, avulta a importância do princípio geral de interpretação constitucional, denominado *máxima efetividade* ou *eficiência*, ou ainda *interpretação efetiva*, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas no sentido de alcançarem a maior eficácia possível (GUERRA FILHO, 1999, p. 41).

Existe um tensionamento constante entre as normas principiológicas. As regras são “mandatos definitivos”, ou seja, quando entram em conflito, são aplicadas ou não, resolvendo-se o problema na base do *tudo ou nada*, porque o processo de sua aplicação é a *subsunção*. Já os princípios são “mandatos de otimização”, pois permitem aplicação em diferentes graus através de um processo de *ponderação*, pelo qual se escolhe racionalmente qual dentre os princípios que estejam em colisão deve prevalecer na solução do caso concreto, sem que se anule o princípio não prevalente (ALEXY, 1998, p. 11).

A necessidade de ponderação conduz ao metaprincípio da proporcionalidade, verdadeiro critério para a solução do conflito, na medida em que, pontual e racionalmente, indica qual princípio deve prevalecer com o mínimo de desatendimento do princípio não prevalente (GUERRA FILHO, 2001, p. 77).

Em que pese não estar expresso na nossa vigente Constituição, dito princípio é pressuposto lógico do Estado Democrático de Direito, por ela fundado e calcado em extenso rol de direitos fundamentais, a reclamar constante harmonização entre eles, podendo ser visualizado através do § 2º, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF) (BONAVIDES, 2002, p. 395-396).

Segundo Bonavides (2002, p. 360-371) e Guerra Filho (2001, p. 70-71), apoiados em vasta doutrina estrangeira, o referido princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, a saber: a) “proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento”, significando correspondência ótima entre o fim almejado e o meio escolhido; b) “adequação” do meio escolhido e; c) “exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave”, isto é, não pode haver outro meio menos danoso a direitos fundamentais.

Além disto, digna de nota é a estreita relação entre a proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, I, da CF, pois constitui “degradação da pessoa a objeto, se ela for importunada pelo emprego de meios mais rigorosos do que exige a consecução do fim de bem estar da comunidade” (GUERRA FILHO, 2001, p. 72).

Assim, assumida a estrutura kelseniana do Direito (KELSEN, 1987, p. 240), o princípio da proporcionalidade deve ser observado em todos os atos estatais vez que, ao mesmo tempo em que se situa no topo da pirâmide normativa, desce à sua base, “informando a produção daquelas normas individuais que são as sentenças e as medidas administrativas” (GUERRA FILHO, 2001, p. 77).

Destarte, o Judiciário assume papel de relevo no regime, devendo esforçar-se para bem aplicar os direitos e garantias fundamentais, preenchendo o vazio do discurso sobre a normatividade dos princípios e a supremacia da Constituição, especialmente no que concerne ao seu instrumento de trabalho por excelência: o processo.

### **3. ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL: O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCEDIMENTO ADEQUADO E AO JULGAMENTO EM TEMPO RAZOÁVEL, SEM DILAÇÕES INDEVIDAS**

O processo pós-moderno se caracteriza pela marcante instrumentalidade. Não há mais espaço para visões introspectivas do fenômeno processual, pois se intensifica a consciência a respeito do fator preponderante: a satisfação do jurisdicionado pelo seu efetivo acesso à justiça, “síntese de todos os princípios e garantias do processo” (DINAMARCO, 1994, p. 303-304).

Desta forma, o acesso à justiça e o devido processo legal aparecem como os grandes postulados constitucionais, a reclamarem que se pense o fenômeno como processo justo, e não simplesmente como

processo regulado em lei, obrigando efetivamente o legislador e o juiz a se conduzirem por esta diretriz.

O devido processo legal encontra-se expresso no art. 5º, LIV, da CF, e costuma ser identificado pela maioria dos juristas brasileiros em sua faceta puramente processual (*procedural due process*), ou seja, destinado a regular o processo e não a proteger a liberdade e a propriedade, senão de forma indireta, ao contrário dos povos anglo-saxões, que valorizam mais este lado ou função material do princípio (*substantive due process*) (NERY JUNIOR, 1997, p. 27-38).

Partindo-se deste ponto, verifica-se que o devido processo legal não significa simples exigência de um processo regulado por lei, a ser observado pelo Estado quando houver necessidade de invasão da esfera de liberdade e propriedade individual. Caso contrário, o Constituinte não teria apostado o qualificativo “devido”; teria exigido apenas o processo “legal”.

Não só pelo método literal se chega a esta conclusão. Se o princípio exigisse apenas o processo formalizado em lei, bastaria ao Estado editar regras processuais que lhe validassem o arbítrio, para que restasse letra morta a garantia que o Constituinte quis efetiva.

Apesar das dificuldades em se apreender o sentido preciso da cláusula, como de resto sói acontecer com os princípios mais gerais, que encerram conceitos jurídicos indeterminados, é possível partir da observação de que o termo “devido” é ali empregado no sentido de “necessário” e “adequado”. Ou seja, por um lado, o Estado ou o particular não pode invadir a liberdade ou a propriedade do indivíduo sem que o faça através de um processo regulado em lei. Doutra canto, há uma exigência de um processo apto a salvaguardar o efetivo acesso à justiça, sendo ele próprio uma garantia para o indivíduo. Um processo adequado a instrumentalizar a pacificação social com justiça substancial, a educação do jurisdicionado e o aprendizado dos juízes a respeito dos valores consagrados pelo grupo, a atuação concreta do Direito material, a tutela das liberdades públicas, a preservação da harmonia e da autoridade do ordenamento jurídico, além de ofertar meios de participação na manifestação da instância judicial, ou seja, de influenciar a emanção do poder estatal, o que significa democracia. Estas idéias correspondem ao que se convencionou chamar amplamente de *instrumentalidade do processo* (DINAMARCO, 1994).

Sob esta noção, compreende-se que o devido processo legal e o acesso à justiça são os princípios dos quais derivam todos os demais princípios reitores do sistema processual: isonomia processual,

juiz natural, contraditório, ampla defesa, lealdade, proibição de provas ilícitas, livre investigação das provas, persuasão racional, fundamentação das decisões judiciais, publicidade dos atos processuais etc.. Sem tais postulados, o processo não seria justo, não seria adequado a propiciar o direito de cada um, segundo a ordem jurídica justa, donde decorre alta imbricação entre o *due process* e o princípio do acesso à justiça, este emanado sobretudo do art. 5º, XXXV, da CF (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 23; NERY JUNIOR, 1997, p. 26-27, 38; CINTRA et al., 2001, p. 84).

Todos estes objetivos, constitutivos da ampla idéia de instrumentalidade, devem se desenvolver num *prazo razoável* (TUCCI, 1997, p. 84 e 85; FUX, 1996, p. 321). É que, mesmo se afastando qualquer resquício das teorias imanentistas do direito de ação<sup>1</sup>, deve-se considerar que o autor pode ter razão, isto é, a lesão por ele afirmada pode ter ocorrido ou ser efetivamente potencial. Daí o porquê de comumente se afirmar que o ideal – por óbvio utópico – seria a pronta resposta ou mesmo a perene prevenção da lesão pelo sistema judicial, já que o Estado interditou a justiça privada.

Logo, qualquer processo impõe um dano colateral àquele autor que em verdade tem razão, embora o Estado ainda não o tenha declarado como tal, já que demanda tempo para dissipar as incertezas acerca das alegações de fato e de direito, formuladas pelas partes, pois é preciso assegurar o contraditório e a instrução.

Este “dano marginal em sentido estrito” ou “dano marginal de indução processual” ocorre porque, mesmo podendo obter o bem da vida através da execução, o autor já sofre prejuízo, derivado tão somente da demora do processo (ANDOLINA, apud MARINONI, 2003, p. 21).

Com efeito, “para que a justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!” (BIELSA e GRAÑA, apud TUCCI, 1999, p. 236).

A questão se torna mais dramática na medida em que se compreende que, se o autor tem razão, o dano é tanto maior quanto mais tempo demorar a resposta jurisdicional. Durante este lapso, ele estará privado do bem da vida objeto do processo, o qual estará indevidamente sob fruição do réu. Assim, é possível concluir que a demora do processo “sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem” (MARINONI, 2003, p. 22).

Desta constatação decorre a necessidade de distribuir racionalmente entre as partes o ônus derivado do tempo do processo, sob

pena de ferir a igualdade processual, a qual não é meramente formal, como é cediço.

Esta distribuição pode ser alcançada por meio de mecanismos procedimentais adequados, pensados com vistas à natureza do litígio envolvido, lembrando que a perfeita adequação do procedimento ordinário a todo o tipo de lide é um mito (DORIA, 2000, p. 38-41) pois “a efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios legislador, da aderência do procedimento à causa” (DINAMARCO, 1994, p. 291).

E o procedimento deve ser adequado inclusive para evitar ou reprimir qualquer expediente procrastinatório, qualquer formalismo inútil, qualquer invasão indevida ou desnecessária na esfera jurídica de quem quer que seja, bem como qualquer demora sem razão de ser, já que, do contrário, poder-se-á estar aumentando o grau de dano colateral, decorrente da demora natural do processo, que assim não estará servindo ao direito material (GUERRA FILHO, 2001, p. 79).

Desta maneira, o processo sem *dilações indevidas* se constitui em corolário dos princípios do devido processo legal e do acesso à Justiça. É uma idéia implícita. Se o processo não é efetivo, ou seja, se não é adequado ao alcance de uma justa solução — e não o será se der margem às dilações indevidas — logo, não será um processo “devido”, um processo “adequado”, apesar de legal.

Como se não bastasse, o Brasil é signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo art. 8º, 1, prescreve a garantia de julgamento “dentro de um prazo razoável”, inclusive na órbita civil. Convém ressaltar que, com a publicação do Decreto nº 678, de 09 de novembro de 1992, o Pacto de San José foi promulgado e, finalmente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela porta larga do art. 5º, § 2º, da CF.

Com base nestas idéias, deve-se ter sempre em mente que um processo efetivo, além da obediência aos princípios tradicionalmente consagrados (contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade etc.) deve observar um procedimento adequado a uma solução tão certa e rápida quanto possível (CINTRA et al., 2001, p. 82).

Não é difícil perceber que esta aspiração lógica do sistema processual leva ao constante choque entre os valores *verdade e celeridade*, embutidos nos princípios da *segurança* e da *economia*, conflito que deve ser resolvido pelo processo de ponderação, através do princípio da proporcionalidade, como visto anteriormente.

Em se tratando de “direito evidente”, este processo de ponderação deve ter em conta que, a demora do processo por si só provoca “lesão”. Entretanto, nenhuma lesão, potencial ou efetiva, deve escapar à apreciação jurisdicional, nos precisos termos do art. 5º, XXXV, da CF (FUX, 1996, p. 309).

#### **4. PROVIMENTO EM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA OU JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL?**

O recém introduzido § 6º do art. 273, do CPC, está assim redigido: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Em leitura preliminar, buscando o sentido literal do dispositivo, verifica-se que o mesmo trata da chamada cumulação objetiva, ou de pedidos, prevista no art. 292 do CPC, como expediente a serviço da economia de custo e de tempo<sup>2</sup>.

Em segundo passo, cumpre lembrar a diferença entre pedido e causa de pedir, residindo nesta o suporte fático daquele. Com efeito, pedido imediato é a providência pedida ao Estado-juiz, enquanto pedido mediato é o bem da vida almejado (ROCHA, 2001, p. 186-187; ALVIM, 2000, p. 130). A causa de pedir, por seu turno, engloba os fatos (causa de pedir remota) e as conseqüências jurídicas decorrentes de seu contraste com o ordenamento jurídico (causa de pedir próxima) (SANTOS, 1999, p. 346).

Destarte, a incontrovérsia acerca do pedido acontece quando há o reconhecimento de sua procedência por parte do réu<sup>3</sup>, de forma total ou parcial, mas sempre expressa (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 282). O fenômeno é pouco freqüente, até porque não raro é o desejo do réu em se beneficiar do tempo do processo, mantendo em suas mãos o bem da vida objeto da pretensão autoral, mesmo ciente da sua procedência.

Mudando o enfoque, verifica-se que o autor pode, ao invés de cumular os pedidos, formulá-los em ações separadas. Somente cumulará se lhe for conveniente do ponto de vista econômico, inclusive temporal.

Ora, imagine-se que o autor ajuizasse duas ações, cada qual com o seu pedido e, na primeira, o réu reconhecesse a procedência, enquanto na segunda não o fizesse. O primeiro processo seria imedi-

atamente extinto com resolução do mérito, por força do art. 269, II, do CPC, ao passo que o segundo prosseguiria. Não admitir a imediata solução com relação ao pedido cumulado incontroverso seria prestar desserviço à economia processual, justamente o valor que o legislador teve em mente ao permitir a cumulação objetiva.

Noutros termos, quiçá mais claros: o mandamento de economia processual seria melhor obedecido quando o autor não cumulasse os pedidos, o que configuraria rematado absurdo. “A cumulação de pedidos seria um atentado contra a tempestividade da tutela jurisdicional!” (MARINONI, 2003, p. 157).

Eis a lógica da regra<sup>4</sup>.

O mesmo vale para a hipótese de cumulação de dois ou mais pedidos, quando parte de algum deles<sup>5</sup>, ou partes de alguns deles<sup>6</sup>, ou ainda partes de todos eles<sup>7</sup> são reconhecidas procedentes pelo *ex adverso* (ou seja, não são controvertidas). É o que diz o texto legal.

Todavia, é lícito supor que o legislador evidentemente disse menos do que pretendia pois, se é possível a “tutela antecipada” quando são incontroversas partes de pedidos cumulados, pela mesma razão deve-se admitir a mesma solução quando parte de pedido não cumulado é reconhecida procedente pelo réu.

Aqui, convém invocar a lição de Dinamarco (2003, p. 100-101) a respeito de objeto composto e objeto decomponível do processo. O objeto do processo vem a ser o mérito, a pretensão posta em juízo. É composto quando é integrado por mais de uma pretensão<sup>8</sup> e decomponível quando a pretensão versa acerca de bens quantificáveis<sup>9</sup>. Em qualquer das situações, sendo possível ao réu não controverter sobre parcela da pretensão ou sobre alguma ou algumas das pretensões, é lícito ao juiz acolher em parte uma delas ou acolher apenas algumas, podendo fazê-lo antecipadamente.

Logo, a medida deve ser observada tenha ou não havido cumulação objetiva, quando haja controvérsia parcial a respeito do pedido ou de pedidos cumulados (FERREIRA, 2002, p. 211; BEDAQUE, 2003, p. 331; DINAMARCO, 2003, p. 94, CÂMARA, 2003, p. 455).

Questionamento interessante é o de saber se a incontrovérsia dos *factos* autoriza a “tutela antecipada”, nos mesmos moldes do dispositivo.

Dizer estritamente que o *pedido* é incontroverso é afirmar que houve reconhecimento da sua procedência, o que leva a uma verdadeira vinculação do juízo, na medida em que tal fenômeno é, na verdade, hipótese de autocomposição da lide (MOREIRA, 1996, p. 111).

Não há margem de discricionariedade judicial. O juiz pode (deve) apenas verificar se os requisitos de capacidade e forma foram obedecidos para que se tenha como reconhecido o pedido ou parte dele, ou um dos pedidos cumulados ou parte de algum(ns) deles ou, ainda, partes de todos eles.

Algo diferente acontece quando a incontrovérsia não atinge expressamente o pedido, mas a área da causa de pedir remota, ou seja, são tidos por incontroversos apenas os fatos constitutivos do direito do autor.

Na realidade, o que efetivamente ocorre não é a controvérsia acerca dos fatos em si mesmos considerados. Estes se situam no mundo físico e podem ou não ter acontecido. O debate, assim como a prova, recai sobre as *alegações* de fato. A afirmação de que se busca a verdade sobre os fatos nada mais significa do que buscar a *certeza* a respeito da ocorrência ou não desses fatos, isto porque enquanto “la verdad es: la certeza se tiene”. Não podendo o juiz se fazer presente no momento da ocorrência dos fatos, nada mais a ele resta do que perseguir a certeza que seja suficiente ao seu convencimento, a respeito de como e se os mesmos ocorreram (CAMBI, 2001, p. 74).

Com estas ressalvas, feitas apenas com o intuito de assegurar o rigor metodológico, mais uma vez, em virtude da didática, recorreremos à linguagem do Código, que sempre faz referência à incontrovérsia ou à veracidade presumida a respeito de fatos, e não de alegações.

Pois bem. Diz-se revel aquele que deixou fluir *in albis* o prazo de defesa (ALVIM, 2000, p. 220).

Quando o réu não comparece para se defender (revelia propriamente dita), é preciso ter em mente os riscos de se decidir sem considerar as dificuldades naturais, decorrentes do baixo nível cultural e econômico de grande parte da população brasileira, para que haja cuidadosa aplicação dos efeitos da revelia, definidos no art. 319 do CPC (DORIA, 2000, p. 75-76).

O mesmo não se dá quando o réu comparece e não se defende, ou o faz sem impugnar todos os fatos alegados pelo autor ou, ainda, apresentando contestação genérica. Aqui ele assume uma postura “ativa” (MARINONI, 2003, p. 108). Fica patente que ele simplesmente não responde, apesar de poder fazê-lo.

Em ambas as hipóteses, é evidente que o efeito natural de presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor (CPC, 319) é limitado pela natureza dos direitos envolvidos, ou por restrição quanto à prova do ato (CPC, 320, II e III). Entretanto, dentro dos referidos

limites, a presunção decorre justamente da incontrovérsia diante dos fatos ou da dispensa de prova, autorizando o julgamento de plano, porque não há mais necessidade de dilação probatória (CPC, 330, II). Inclusive, dito julgamento não deve ser entendido como “antecipado”, mas tão somente como *oportuno*, já que sem qualquer razão seria a pesquisa com base em provas dos fatos alegados, se estes não foram impugnados.

Se o réu comparece e contesta, mas o faz por negativa geral, a resposta é inepta e ele não se desincumbe do ônus da impugnação especificada dos fatos articulados na inicial, salvo se permitida a contestação genérica (CPC, 302). Os fatos são tidos por incontroversos, mas não incidem os efeitos da revelia pois houve resposta. O que ocorre é a dispensa de prova, consoante arts. 302 e 330, I, do CPC. A não ser assim, ficaria sem qualquer conseqüência prática a proibição de contestação genérica (MARINONI, 2003, p. 119).

Se o réu, intimado a prestar depoimento pessoal e devidamente advertido nos termos do art. 343, § 1º, do CPC, não comparece ou comparece e se recusa a depor, opera-se a presunção de veracidade, fulminando-se a controvérsia sobre os fatos até então existente (CPC, 343, § 2º). Por óbvio, valem as ressalvas quanto a direitos indisponíveis.

O mesmo se diga quando há confissão real, extrajudicial ou não, manifestada por ocasião da resposta ou do depoimento pessoal, ou mesmo em outra fase. Se o fato é confessado, não há mais controvérsia relevante a seu respeito (CPC, 334, 334, II e 348).

Algo semelhante se dá quanto a fatos notórios ou em favor dos quais milita presunção legal absoluta<sup>10</sup> de existência ou de veracidade, não sendo fundada qualquer controvérsia sobre eles, já que a prova aqui também é dispensada (CPC, 334, I e IV) (FUX, 1996, p. 313).

No que diz com a defesa indireta de mérito ou exceção substancial indireta, esta ocorre quando, admitindo os fatos constitutivos do direito do autor, o réu argüi outros, impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito (CINTRA et al., 2001, p. 274). Vale dizer, os fatos constitutivos restam incontroversos, repassado-se a controvérsia para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Ora, em qualquer das situações anteriores, exceto a última (defesa indireta de mérito), se os fatos confessados, presumidos de forma absoluta, ou não impugnados<sup>11</sup> são todos aqueles relevantes para o fundamento do pedido, o juiz está autorizado a proferir julgamento (CPC, 330). É que o pedido aí estará “maduro”, já que nada mais

impede a sua apreciação, pois é possível exercer sobre ele cognição exauriente, independentemente de instrução probatória.

O problema surge quando resta controvérsia fática parcial, ou seja, quando, apesar da existência de fatos não controvertidos, isto não basta para a apreciação total do(s) pedido(s).

Suponha-se que não haja controvérsia sobre alguns dos fatos que dão suporte ao pedido decomponível, ou sobre todos os fatos que sustentam algum(ns) dos pedidos cumulados. Neste caso, tanto a parcela do pedido decomponível, quanto um ou mais dos pedidos cumulados, correspondentes aos fatos incontroversos, estariam “máduros” para julgamento. Assim, seria injusto postergar a entrega ao autor do bem da vida por ele pretendido, ou parcela deste, relacionado a esta parte incontroversa da demanda.

Raciocinar de forma diferente é esquecer que o processo deve se estruturar de forma adequada a permitir o acesso à Justiça em tempo razoável, sem dilações indevidas, e que o superprincípio da proporcionalidade impõe a escolha do meio mais adequado e que menor sacrifício possível imponha ao interessado.

Doutra banda, negar a definição parcial do litígio, dados estes pressupostos de parcial incontrovérsia fática, é impor ao autor, unilateral e exclusivamente, todo o ônus do tempo do processo.

Por óbvio, a incontrovérsia fática não conduz automaticamente ao acolhimento do pedido, o que ficará a cargo do juiz, segundo a velha lição espelhada nos vetustos brocardos *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Não fosse assim, seria sem razão a diferença entre confissão e reconhecimento jurídico do pedido (MARINONI, 2003, p. 226).

Note-se bem: se o réu não entrega ao autor a parcela do bem da vida perseguido, mesmo estabelecendo controvérsia apenas parcial a respeito dos fatos constitutivos do direito autoral, ele está agindo com manifesto intuito protelatório, acobertando-se na esperança de demora do processo e, assim, aumentando indevidamente o “dano marginal” ocasionado ao autor por tal fenômeno (FERREIRA, 2002, p. 205).

Em todas as hipóteses dadas, onde há julgamento parcial do pedido ou total de algum(ns) dos pedidos cumulados, a cognição a respeito dos fatos que lhe dão suporte é exauriente ainda que parcial, em face da incontrovérsia parcial (MARINONI, 2003, p. 146).

Em síntese, a cognição admite duas classificações, conforme o corte abstrato com que se examine o fenômeno. No plano *vertical*, verifica-se a *intensidade* de investigação judicial, sendo *sumária* ou

*exauriente*, a depender da profundidade da análise. No plano *horizontal*, o critério é de *extensão* da matéria que é objeto da apreciação, sendo *total* ou *parcial*, a depender do grau que atinja em relação ao que fora posto em juízo (WATANABE apud DIDIER, 2003, p. 153).

Ora, se a lei instituiu a antecipação dos efeitos da tutela, à luz de cognição sumária e, por vezes, total (*caput* do art. 273 do CPC), justamente com o objetivo de melhor proteger o autor que demonstra evidência de seu direito, retirando de si e melhor distribuindo o ônus do tempo do processo, como não admitir solução similar quando é possível a cognição exauriente parcial?

Por outro lado, interessa saber se, tomada com base em cognição exauriente, tal decisão constituiria sentença ou interlocutória e se, conforme o caso, de fato se trataria de concessão de tutela antecipada ou verdadeiro julgamento “antecipado” parcial (do mérito).

No que tange à primeira indagação, não há maiores dificuldades. O próprio código é expresso ao tipificar os atos do juiz com base no simples critério de força extintiva do ato: se extingue o processo, é sentença; se não, é interlocutória (CPC, 162, §§ 1º e 2º). Não é o conteúdo do ato que o classifica, mas a sua posição no *iter* procedimental.

Quanto à segunda inquietação, as coisas são um pouco mais complicadas.

No Brasil, assim como ocorria tranqüilamente na Itália até tempos recentes, vige (ou vigia?) o princípio chiovendiano da unidade e unicidade da sentença (DORIA, 2000, p. 93). A sentença é uma só e o juiz somente nela resolve o mérito.

Realmente, a sentença é uma só. Constitui, no próprio dizer do Código, o ato judicial que põe termo ao processo (CPC, 162, § 1º). Para evitar dúvidas, a lei disse que assim será, ainda que não apreciado o mérito.

Mas, veja-se bem: o ato do juiz que puser fim ao processo será *sentença*, ainda que não solucione o mérito. A lei não diz que o ato que solucione o mérito porá fim ao processo. São coisas diversas.

De efeito, é óbvio que, se o mérito é totalmente resolvido, há composição total da lide e nada mais há a fazer naquela relação processual, salvo o recurso. Todavia, não há razão plausível para supor que uma decisão interlocutória não possa conter resolução parcial do mérito. Aliás, o ordenamento já convivía com situações que tais, a exemplo de homologação de acordo parcial e indeferimento *in limine* da reconvenção, ou de algum dos pedidos cumulados, em função de prescrição ou decadência (CPC, 295, IV, e 269, III e IV) (DINAMARCO, 2003, p. 98-99; DIDIER et al., 2003, p. 73).

Ora, o julgamento antecipado da lide (CPC, 330) decorre justamente da possibilidade de cognição exauriente total, sem que haja necessidade de dilação probatória. Noutros termos, o juiz julgará antecipadamente o mérito, na forma do art. 330 do CPC, se houver um “amadurecimento” pleno e “prematuro” da causa para julgamento, lhe possibilitando, de plano, apreender e valorar toda a realidade fática e jurídica posta à sua apreciação.

Que *razão* então afastaria a utilização do mesmo mecanismo em caso de haver este idêntico “amadurecimento”, diferindo apenas por tocar a parte da demanda e não a toda ela? Vale dizer, quando houvesse cognição exauriente parcial?

A única explicação seria um puro dogma, o da unidade e unicidade da sentença, o qual, além de já se revelar combalido no plano do direito comparado, não convive bem com os princípios constitucionais que regem o nosso processo, por não permitir uma adequada distribuição do ônus do tempo na relação processual. “Uma fruta madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida” (DIDIER et al., 2003, p. 70).

Não há razoabilidade em fazer com que o autor espere até o final julgamento (que poderá levar anos) para obter aquela parcela que o próprio réu, por silêncio ou atitude, entende lhe ser devida, já que sobre ela não paira mais controvérsia. Seria exigir indevido sacrifício do autor — o de suportar, desnecessária e exclusivamente, o ônus da demora do processo — o que colide frontalmente com o princípio da proporcionalidade e com a sua derivação, a igualdade processual.

A mesma cognição exauriente exigida na sentença pode ser alcançada em momento anterior a respeito de determinados pontos. A diferença não estaria no plano vertical da cognição, mas tão somente no plano horizontal, diferindo pela parcialidade da cognição neste momento anterior, em contraste com a exigência de cognição total na sentença. A diferença, como se vê, não é de profundidade, mas de extensão.

Com isto, se abre uma outra relevante discussão.

Sendo exauriente a cognição, diferindo tais situações do julgamento antecipado pelo simples fato de não haver “amadurecimento” da causa em sua totalidade, mas apenas em parte dela, a decisão interlocutória que declara o direito do autor, antes do momento da sentença deve ter eficácia executiva, da mesma forma que a decisão que concede a tutela antecipada, digamos, comum, já que de nada adiantaria ter reconhecido o direito sem que se pudesse fazer valê-lo.

Assim, é de se indagar: esta decisão, sobretudo nos casos em que houvesse perfeita subsunção ao novel § 6º, estaria atrelada aos requisitos previstos no *caput* e no § 2º do art. 273?

Ora, quanto aos requisitos do *caput* que informam a cognição sumária na tutela antecipada – “verossimilhança da alegação”, baseada em “prova inequívoca”<sup>12</sup> – resta evidente que são dispensáveis, pela simples constatação de que aqui a cognição é exauriente. O julgador não se convence da probabilidade ou da verossimilhança da alegação, com base nalgum elemento de prova, mas adquire certeza sobre ela, a partir da inexistência de controvérsia (DORIA, 2000, p. 94; DIDIER et al., 2003, p. 75; CAMBI, 2001, p. 67).

Quanto ao *periculum in mora* previsto no inciso I, este é evidente diante da certeza de agravamento do “dano marginal”, derivado da indevida postergação de realização do direito, que já se sabe realmente pertencer ao postulante.

Ao que parece, e como já fora adiantado, o fundamento primeiro residiria no intuito protelatório do réu (inciso II) em não entregar ao menos parte do bem da vida pretendido pelo autor, mesmo não controvertendo sobre a parcela correspondente da demanda, (FERREIRA, 2002, p. 206).

No que toca à exigência de reversibilidade do provimento, aqui não há razão de ser para tal limitação. Se a operação mental é a mesma feita na sentença, divergindo apenas quanto à extensão da cognição, não há porque se temer eventual irreversibilidade, assim como não se teme quando da prolação da sentença, mesmo que sujeita a apelo com efeito unicamente devolutivo. Se não se exige irreversibilidade da sentença sujeita a apelação com efeito somente devolutivo, isto não deve ser exigido nesta modalidade de decisão. Observe-se que o risco de erro é muito remoto, diante da enorme probabilidade de acerto (DINAMARCO, 2003, p. 97).

Na verdade, todas estas questões restam aclaradas se se compreender tal decisão na perspectiva de uma resolução antecipada e parcial do mérito, verdadeira parcela de um julgamento total fragmentado ou, por outras palavras, um julgamento antecipado parcial.

O mesmo se diga quanto a expresso requerimento do autor no sentido de logo se conhecer da parcela incontroversa. Isto fica implícito quando do ajuizamento. Para julgar antecipadamente ou ao fim da instrução, o juiz não precisa que o autor reavive o pedido (princípio do impulso oficial, CPC, 262). Para julgar parcialmente, em etapas, da mesma forma não há necessidade de especial atividade do interessado (DIDIER et. al., 2003, p. 77).

Portanto, é possível concluir com Dinamarco (2003, p. 96) e Bedaque (2003, p. 332) no sentido de que o legislador foi demasiadamente tímido.

Entretanto, estes doutrinadores entendem que a timidez vale. Isto é, preconizam que a decisão tomada com base na incontrovérsia constitui tutela antecipada, e não cisão do julgamento do mérito, já que esta “não foi a opção do legislador”, embora fosse desejável (DINAMARCO, 2003, p. 96, 99; BEDAQUE, 2003, p. 367).

Já para Fredie Didier Jr. (2003, p. 72) e para Alexandre Câmara (2003, p. 455-456), o dispositivo está mal situado pois não se trata de antecipação dos efeitos da tutela, mas de concessão da própria tutela, nos limites possibilitados pela não controvérsia parcial, verdadeiro julgamento fragmentado do mérito.

Semelhante é o pensamento de Marinoni (2003, p. 153) que, embora continue chamando a medida de “tutela antecipatória”<sup>13</sup>, a compreende como “uma espécie de julgamento antecipado parcial do pedido, que pode ser feito a partir do art. 273, § 6º, do CPC”.

Para Didier (2003, p. 71), cai por terra o dogma da unidade e da unicidade da sentença, concebido como exigência daquele ato — e só ele — conter toda a solução da lide, conclusão a que chega também Alexandre Câmara (2003, p. 456), embora sem se referir expressamente ao dogma.

Dinamarco (2003, p. 96), embora louve Marinoni (2003) por esta percepção, desejando que “os tribunais o ouçam”, insiste que o direito brasileiro ainda não comporta as “cisões do julgamento da causa”, o que não parece correto, sendo acertada a corrente liderada pelo pioneiro Marinoni.

Resta indagar se tal decisão, que resolve parcialmente o mérito, faz coisa julgada material. Didier (2003, p. 77-78) entende que sim, baseado no fato de que a cognição aqui é exauriente, nada significando o fato de se tratar de interlocutória. Já Marinoni (2003, p. 153, 227) entende que não, embora reconheça a aptidão da decisão para tanto, pois a atribuição da imunização a determinado ato, característica da coisa julgada material, é opção política do legislador, e ele aqui não optou por atribuir este efeito a esta decisão, a qual poderá ser até mesmo revogada pelo próprio juiz. Dinamarco (2003, p. 91-92), por seu turno, entende que, em caso de incontrovérsia parcial de *direito* (transação, renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido parciais), o Código já convive com a homologação judicial deste ato dispositivo parcial, prosseguindo o processo para dirimir o que restou do

conflito. Para ele, este ato homologatório, embora consista em interlocutória, tem eficácia de sentença, constitui-se em título executivo, se for o caso, e faz coisa julgada material. O mesmo não ocorreria quando a incontrovérsia parcial se dá apenas no plano dos *factos*. Perceba-se que aqui haveria heterocomposição e lá, autocomposição, o que pode sugerir um critério de sistematização.

A razão parece estar com Marinoni, embora sejam desejáveis amplas alterações em todo o sistema. Por exemplo, imagine-se que a decisão faça coisa julgada material. Como interlocutória que é, comporta agravo e não apelação. Assim, poderia ser exercido o juízo de retratação, o que não seria possível se o mérito tivesse sido resolvido totalmente na sentença. Isto equivaleria a criar uma sentença de mérito passível de retratação, o que por si só não seria heresia, já que o art. 295, IV, c/c arts. 269, IV e 296, todos do CPC, já prevêm tal fenómeno<sup>14</sup>. Mas é evidente que a previsão de recursos diversos (agravo e apelação) para atos de conteúdo semelhante (julgamento parcial do mérito e sentença de mérito) pode levar a outras fortes incongruências, que se mostrem inconciliáveis. Basta pensar na existência ou não de efeito suspensivo como regra, nos diferentes prazos e formas de interposição, no cabimento ou não de outros recursos, como embargos infringentes etc.. De mais a mais, o art. 467 (ainda) se refere exclusivamente ao ato “sentença” como aquele que pode alcançar a eficácia de coisa julgada.

As idéias até agora expostas devem ser aproveitadas *cum grano salis* em se tratando de exceção substancial indireta pois, quando é manejada esta espécie de defesa, há cognição exauriente imediata sobre os fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor, diante da admissão dos mesmos como incontroversos, pelo réu.

Porém, alegando o requerido outros fatos, os quais impedem, modificam ou extinguem o direito do autor, caso este os impugne, quando da providência preliminar determinada no art. 326 do CPC (réplica)<sup>15</sup>, a controvérsia recai agora sobre os mesmos. Nesta situação, normalmente a única cognição imediata possível sobre estes fatos que compõem a defesa é de caráter sumário. Assim, nada impede que o juiz verifique as alegações e a prova documental até então produzida para formular um juízo de valor acerca da defesa indireta de mérito levantada. Se for possível a cognição total e exauriente, o caso é de julgamento total antecipado (CPC, 330, I)<sup>16</sup>. Caso contrário, será lícita a concessão — agora, sim — de tutela antecipada, a requerimento do autor, dès que a exceção se mostre infundada, haja perigo

de dano e o provimento se mostre reversível (porque aí se trata de verdadeira tutela antecipada).

A esta técnica Marinoni, com base na doutrina e no direito positivo italianos, denomina “condenação com reserva da exceção substancial indireta infundada”, com lastro na idéia de que o tempo do processo deve ser suportado pela parte que precisa da instrução (2003, p. 31-66).

##### **5. TUTELA ANTECIPADA, RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO E INEFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA: SISTEMA (?) RECURSAL**

Desde a introdução da tutela antecipada genérica no ordenamento processual brasileiro, por força da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que modificou a redação do art. 273 do CPC, a doutrina aponta a incoerência do sistema em manter a regra do duplo efeito da apelação (DORIA, 2000, p. 62-64; DIDIER et al., 2003, p. 155; TUCCI, 2002, p. 105-106).

Realmente, a tutela antecipada é passível de concessão por meio de decisão interlocutória, sujeita, portanto, ao recurso de agravo, o qual só admite o efeito suspensivo (ou ativo) por exceção (CPC, 527, III).

De fato, emergindo suficiente grau de certeza a respeito do direito alegado pelo autor, não seria lícito fazê-lo suportar sozinho o ônus da demora do processo. Daí a possibilidade de outorga do bem da vida, antes do momento “oportuno” (diríamos, “tradicional”), qual seja, o julgamento, a sentença.

Entretanto, sendo a decisão que concede a tutela antecipada sujeita a agravo, com excepcional efeito suspensivo (ou ativo), tal interlocutória, que é provisória e calcada em juízo de probabilidade, teria maior eficácia do que a própria sentença, a qual se pretende definitiva e tem por lastro cognição total e exauriente, pois o ato final, de regra, está sujeito ao apelo com duplo efeito, devolutivo e suspensivo (CPC, 520, *caput*) (DIDIER et al., 2003, p. 155; MARINONI, 2003, p. 175).

O problema se expande se tomada em consideração a idéia de que os princípios constitucionais permitem o fracionamento da resolução do mérito, o que ficou apenas explicitado pelo advento do § 6º do art. 273, do CPC, como visto no capítulo anterior.

A incoerência é manifesta! Além de atribuir maior eficácia a uma decisão provisória, interlocutória, do que a uma sentença, o sis-

tema termina por reforçar o “dano marginal” decorrente do processo, ao inviabilizar a boa distribuição do tempo necessário para a tramitação do recurso.

Ora, se a sentença concluiu que o direito cabe a uma das partes, por que fazê-la suportar o ônus do tempo de tramitação do apelo?

Tal estado de coisas leva à ineludível conclusão, facilmente perceptível pelos que militam no meio forense, de que a verdadeira sentença é a que é proferida pelo tribunal (e, às vezes, pelos tribunais superiores), consistindo o primeiro grau apenas um rito de passagem e a sua sentença uma mera folha de papel ...

Disto decorreu a necessidade de expediente criativo para melhor consecução dos princípios constitucionais: a chamada tutela antecipada final<sup>17</sup>. Por esta técnica, o juiz concede a tutela antecipada ao final do processo, fundado na lógica de que, se poderia concedê-la *in limine*, com base em juízo provisório de probabilidade, derivado de cognição sumária, com mais razão pode fazê-lo no momento em que se acha pronto para julgar, isto é, quando alcança a cognição exauriente necessária para formar juízo de certeza sobre a demanda (DORIA, 2000, p. 103-104).

É curioso observar que este tipo de tutela somente poderia ser classificada como “antecipada” em relação ao trânsito em julgado, diante da possibilidade de recursos. Porém, à falta de terminologia melhor, a doutrina acolheu o paradoxal apelido.

Convém destacar que o objetivo manifesto de conferir maior efetividade à sentença seria atingido sem tal “criatividade” com a admissão do efeito suspensivo como regra para a apelação. Melhor atendidos estariam os princípios constitucionais, diante da racional distribuição do tempo do recurso, recaindo o ônus sobre aquele que depende do provimento do apelo e não sobre quem já foi declarado com razão pelo primeiro grau.

Aliás, é instigante imaginar que a Constituição quer um maior prestígio da imensa e capilar rede de juízos de primeiro grau, mais próximos do contexto fático das causas. É lícito supor que o princípio democrático compreende fluxo ascendente do poder, da base das instâncias decisórias para o topo da estrutura do Estado. O fluxo estabelecido desta forma propicia maior debate sobre as questões, é mais permeável às expectativas normativas da sociedade e leva, em tese, a uma melhor qualidade da decisão final, a qual, assim, certamente é mais legítima. Nesta ordem de idéias e sem a pretensão de esgotar o assunto, onde estaria a constitucionalidade do efeito suspensivo como regra, diante do princípio democrático?

Tristemente se constata que o legislador não acatou a sugestão constante do anteprojeto que resultou na Lei nº 10.352, de 26.12.2001, o qual pretendia dar a seguinte redação ao art. 520 do CPC:

Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475).

Parágrafo único. Havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação, poderá o juiz, a requerimento do apelante, atribuir à apelação, total ou parcialmente, também o efeito suspensivo (em decisão irrecorrível).

Findou-se com o acréscimo do inciso VII ao citado art. 520, assim redigido:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

[...]

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Ora, nada se resolveu. Continua podendo o juiz ser formalista para escapar ao formalismo, concedendo a tutela antecipada imediatamente antes de proferir sentença e confirmando-a logo em seguida no corpo desta ou, se preferir, invocando a economia processual, conceder a tutela antecipada na própria sentença, sempre independentemente de tê-la negado ao início do processo, tese já prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 279.251-SP).

Em qualquer destes casos, a apelação, naquilo que disser respeito ao objeto do provimento "antecipado", terá efeito meramente devolutivo (FERREIRA, 2002, p. 93; DINAMARCO, 2003, p. 148).

*Mutatis mutandis*, o mesmo se diga em relação à tutela inicialmente concedida e, ao final, revogada. Não faria sentido permitir que o autor que obteve provimento antecipado liminar permanecesse desfrutando deste quando o juiz, agora, tem certeza do desacerto anterior, dentro da linha de raciocínio aqui estabelecida, com base na necessária busca por uma melhor distribuição do tempo do processo (DIDIER et al., 2003, p. 158).

Logo, também aqui é possível concluir que o legislador disse menos do que pretendia, sob pena de, em assim não se entendendo, ferir ainda mais a lógica pressuposta do sistema.

## 6. CONCLUSÕES

Após as considerações desenvolvidas, é possível chegar às seguintes conclusões:

Os princípios jurídicos são supernormas, vinculantes, cogentes, encontráveis principalmente no topo da hierarquia normativa do Direito positivo, ou seja, na Constituição, que cumprem a função de orientar a criação, interpretação e aplicação das normas inferiores, sejam subprincípios ou regras.

O processo deve ser não só regulado por lei, como adequado a servir de garantia de acesso à “ordem jurídica justa”, residindo aí as noções de devido processo legal e acesso à justiça.

O direito a um procedimento adequado a legitimar a decisão é corolário do devido processo legal e do acesso à justiça.

O direito a um julgamento justo e em tempo razoável, através de um processo desenvolvido sem dilações indevidas, integra a noção de devido processo legal e se coaduna com o princípio do acesso à justiça.

Todo processo demanda tempo e, desta maneira, sempre prejudica o autor que tem razão, produzindo um dano colateral, derivado diretamente da demora necessária ao seu desfecho.

É um imperativo da igualdade processual uma racional distribuição do tempo do processo, para reduzir o potencial deste “dano marginal”.

A melhor distribuição do tempo do processo advém de mecanismos procedimentais adequados às exigências da lide posta em juízo.

Estes mecanismos implicam choque entre os valores verdade e celeridade, havendo necessidade de ponderação entre os princípios da segurança e da economia.

O § 6º do art. 273 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/2002, deve ser interpretado extensivamente, para abarcar as hipóteses de parcial reconhecimento jurídico da procedência de pedido não cumulado.

Os princípios constitucionais que regem o processo exigem a possibilidade de solução imediata de parte da demanda, quando houver controvérsia parcial, quer no plano do direito, quer no plano dos fatos, o que ficou explicitado com o advento do citado § 6º.

Tanto no caso do referido § 6º do art. 273, do CPC, quanto nas demais hipóteses de solução imediata da parte incontroversa da demanda, a cognição é exauriente, embora parcial.

Em todos estes casos, não se trata de tutela antecipada, mas de verdadeira resolução parcial do mérito, ou julgamento antecipado parcial, com o que cai o dogma da unidade e unicidade da sentença no Brasil. De tal arte, não são exigidos para esta decisão os clássicos requisitos de requerimento específico, *periculum in mora*, reversibilidade da medida e “verossimilhança das alegações” derivada de “prova inequívoca”, previstos para a tutela antecipada.

A decisão que resolve parcialmente o mérito é interlocutória e fulcrada em cognição exauriente, com eficácia executiva imediata, mas não faz coisa julgada material.

No caso de controvérsia acerca da exceção substancial indireta, poderá ser concedida tutela antecipada, com vistas a proteger o provável direito emanado dos fatos constitutivos alegados pelo autor, dès que se revele infundada a mencionada defesa, exigindo instrução probatória sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, alegados pelo réu, atendidos os demais requisitos da antecipação da tutela.

A possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da tutela, inclusive na sentença (tutela antecipada final), não convive harmoniosamente com a regra da apelação com duplo efeito. A incoerência deveria ser sanada com a adoção do efeito suspensivo como exceção.

O art. 520, VII, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.352/2001, deve ser interpretado extensivamente, para abarcar as situações em que a tutela antecipada seja concedida ou revogada na sentença.

### Referências

ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, cópia mimeo.

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela Antecipada na Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21. ed. rev. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Gráfica do Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária - IPRAJ), 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 21 de outubro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 de maio de 2003.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Tutela antecipada. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido. Recurso Especial n. 279.251-SP. Recorrente: Luiz Antonio Cerveira de Mello Pinto e outros e Recorrido: Usina Santa Lídia S/A. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 15 de fevereiro de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/webstj>>. Acesso em : 28 de maio de 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev. atual. 2ª tir. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, v. 1.

CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e justiça da decisão. In \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Cap. 3, p. 57-79.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al.. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Título original: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al.. *A Nova Reforma Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *A Reforma da Reforma*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DORIA, Rogéria Dotti. *A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, William Santos. *Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Processual Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Título original: *Reine Rechtslehre*.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev. atual. ampl. da obra *Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 18. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. rev. aument. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>1</sup> Pelas quais este seria o próprio direito material em reação.

<sup>2</sup> Sobre tal espécie de cumulação, *vide* AMARAL SANTOS, 1999, p. 191; SANTOS, 1999, p. 358.

<sup>3</sup> Ou pelo autor, quando se tratar de reconvenção ou pedido contraposto. Por motivos didáticos, abstraem-se tais possibilidades, ficando registrada a ressalva.

<sup>4</sup> Exemplo: ação indenizatória com pedidos cumulados de lucros cessantes e danos emergentes, onde o réu reconhece a procedência somente quanto aos danos.

<sup>5</sup> No mesmo exemplo anterior, o réu reconhece a procedência somente quanto aos danos, porém em *quantum* menor que o pedido.

<sup>6</sup> Por exemplo: cumulação de pedidos de condenação a danos materiais, morais e estéticos. Há reconhecimento da procedência apenas dos dois primeiros pedidos, mas em quantias menores do que os valores reclamados.

<sup>7</sup> Mesma situação, com o acréscimo do reconhecimento parcial também com relação aos danos estéticos.

<sup>8</sup> Danos materiais e morais, digamos.

<sup>9</sup> Tantos reais, tantas cabeças de gado, tantas resmas de papel etc.. O exemplo é clássico: pede-se R\$ 100,00 e reconhece-se R\$ 50,00, resumindo-se a controvérsia à metade do pedido.

<sup>10</sup> Se a presunção for relativa, se sujeitará à prova em contrário, admitindo controvérsia.

<sup>11</sup> Por isto mesmo não controvertidos ou passíveis de controvérsia.

<sup>12</sup> A despeito do paradoxo já amplamente debatido na doutrina.

<sup>13</sup> E não tutela antecipada.

<sup>14</sup> Indeferimento da inicial pelo reconhecimento *in limine* de prescrição ou decadência, comportando apelo com juízo de retratação.

<sup>15</sup> Se não os impugnar, se tornam incontroversos.

<sup>16</sup> Por exemplo, quitação provada documentalmente de plano.

<sup>17</sup> *Vide* exaustivo trabalho de Luciana Carreira Alvim (2003) sobre o tema, onde se avaliam as diversas correntes doutrinárias, concluindo a autora que a jurisprudência optou por admitir a concessão da tutela antecipada na sentença (p. 129).



## DA REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO - RÁPIDA ABORDAGEM CRÍTICA

**Evânio Moura, Procurador do Estado/SE, Advogado, Pós-Graduado em Direito Público pela UFS, Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/SE, da Escola Superior da Advocacia/SE e Professor de Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público/SE, Professor de Processo Penal da UNIT, Ex-Professor Substituto de Direito Penal e Processo Penal da UFS.**

### I - INTRODUÇÃO

Um dos mais importantes institutos inseridos na Lei de Execução Penal<sup>1</sup> com reflexos na *meta optata* do sistema carcerário é a remição da pena (art. 126, Lei 7.210/84) que consiste em “*um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto*”.<sup>2</sup>

Com efeito, objetiva a remição da pena, a sabendas, extinguir a privação da liberdade antes do prazo efetivamente estabelecido na sentença penal condenatória transitada em julgado, além de criar estímulos para que o detento durante a execução da pena não permaneça ocioso e venha a desenvolver o que a criminologia na segunda metade do século passado passou a chamar de laborterapia.

Ninguém duvida dos producentes efeitos da remição da pena, sempre calculada à base de três dias de faina para um de pena a ser computada, merecendo destaque, apenas para inserir o temário, que o tempo remido não significa abatimento do total da pena, sendo computado como tempo de execução da pena, entretantes, pode vir a ser revogado, caso o apenado pratique falta disciplinar grave, tais como a fuga ou qualquer ato de violência dentro do cárcere, por exemplo. Além disso, a remição também é computada para fins de progressão de regime, livramento condicional, indulto, etc.<sup>3</sup> (arts. 111, 127 e 128 da LEP).

Pois bem, feita esta breve apresentação, insere-se um questionamento, cerne do presente trabalho: É possível considerar o

tempo que o apenado dedica aos estudos, promovidos dentro do cárcere ou até mesmo fora dele, como passível de ser remido, na proporção estabelecida no art. 126, § 1º da Lei de Execução Penal?

Buscar-se-á responder, *quantum satis*, o questionamento suso referido, com fulcro na utilização da analogia *in bonam partem* e na interpretação sistemática e harmônica do ordenamento jurídico pátrio, constitucional e infraconstitucional.

## II - UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

*Ab initio* é mister diferenciar interpretação e integração da norma, inclusive a norma com conteúdo penal e processual penal.

A interpretação que pode ser literal, lógica ou teleológica e sistemática, consiste em mecanismo adotado no escopo de esclarecer o conteúdo da norma, o querer da Lei, proceder a sua exegese. Já a integração está vinculada ao preenchimento de lacunas para a solução do caso concreto, ante a inexistência de previsão legal.

Uma das hipóteses de integração, talvez a mais utilizada, é a analogia que no dizer de ilustre professor: "*Através da analogia aplica-se a lei a hipótese por ela não prevista, invocando-se, substancialmente, o chamado argumento a pari ratione. Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao que existe as mesmas razões que fundamentam a disposição legal*"<sup>4</sup>.

Portanto, pode a analogia ser utilizada para encontrar o enquadramento jurídico necessário para determinada situação que se encontra à míngua de previsão legal. Não obstante, sabe-se que de forma uníssona a doutrina e a jurisprudência nacional somente admitem a integração da norma por intermédio da analogia, se tal medida for utilizada para beneficiar a figura do acusado/réu/apenado, ou seja, somente se apresenta como possível a analogia *in bonam partem*, eis que o princípio constitucional da reserva legal veda expressamente qualquer possibilidade de sanção penal ou agravamento da situação do acusado/apenado, senão advinda de lei *strictu sensu* (art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º, CP).

Não se pode admitir, evidentemente, a analogia na criação de delitos e na cominação de penas, entretanto, "*em se tratando de leis penais não incriminadoras, é perfeitamente permitido o procedimento analógico*"<sup>5</sup>.

E quando a Execução Penal, cujo caráter é “*de processo judicial contraditório*”<sup>6</sup> é possível a analogia?

Creio que não se vislumbram maiores problemas na utilização da analogia na Execução Penal, até mesmo, porque, em sendo considerado um processo judicial, com um forte viés administrativo<sup>7</sup>, já existe tal possibilidade quando do processo criminal antes do advento da sentença penal condenatória, consoante expressa previsão legal agasalhada no art. 3º do Caderno Processual Penal, sendo perfeitamente possível estender tal hipótese para a fase da execução da pena, quando operado o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Com relação a utilização da analogia *in bonam partem* na execução da pena, valendo-se de dispositivo já existente que possibilita a remição pelo trabalho (art. 126, LEP) e utilizando idêntico tratamento para os encarcerados que se encontram cumprindo pena e estudam ou desenvolvem qualquer atividade educacional (como curso profissionalizante, v.g.,) durante o cumprimento da pena, avista-se posicionamentos na melhor e mais avançada doutrina<sup>8</sup> e nos Tribunais Pátrios que não vivem presos ao arraigado rigor da Lei<sup>9</sup>, aos brocados e preceitos carcomidos pelo tempo, desprovidos da razão, não condizentes com a realidade atual.

### III - DA POSSIBILIDADE DA REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO

Qual a finalidade da pena? Para que existe a Execução Penal? O que objetiva o Estado com o encarceramento do cidadão que veio da delinqüir?

Não se está diante de questões inéditas ou jovens, muito ao contrário, a história do penitenciarismo tem sido a busca incessante pela resposta a estas indagações. Não tem este modesto trabalho a pretensão de estancar tais dúvidas, apenas de forma perfunctória pode-se afirmar que a Lei de Execução Penal adotou a teoria mista ou eclética que consiste em empregar a natureza retributiva da pena, mas não como busca apenas da prevenção e sim da humanização da pena. Ou seja, intenta-se com a aplicação da sanção penal, com a restrição da liberdade, com a utilização do cárcere, prevenir novos delitos, retribuir o “mal” praticado e também a “ressocialização” do condenado. “*Visa-se por meio da execução punir e humanizar*”<sup>10</sup>.

O Pacto de São José da Costa Rica<sup>11</sup>, instrumento normativo internacional do qual o Brasil é parte, tendo força de preceito consti-

tucional (art. 5º, § 2º, *Lex Legum*) abraça esta forma de pensar e em seu art. 5º, item 6, ao afirmar: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Grifei.

Não se concebe mais a prisão, ao menos esta é a concepção teórica dominante, como instrumento de violência, ociosidade ou no dizer do inesquecível Evandro Lins e Silva desempenhando o papel de “monstruosa universidade do crime”<sup>12</sup>. Ora, se a prisão deve buscar a reforma e a readaptação do condenado, não existe melhor caminho para se atingir tal objetivo do que investindo maciçamente em educação, possibilitando que o preso durante o período de cumprimento de sua sanção penal tenha uma instrução regular, com cursos de alfabetização, supletivos do ensino fundamental e médio, cursos técnico-profissionalizantes, preparação para o vestibular e até que se lhe faculte a oportunidade de frequentar curso superior.

Mais ainda: Ao se agir desta forma o Estado estaria cumprindo o desejo do legislador e, por conseguinte, o do povo (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal) gizado nos arts. 17 *usque* 21 da Lei de Execução Penal e certamente contribuiria de forma decisiva para a humanização dos presídios, criaria óbices para os freqüentes problemas enfrentados pelo sistema, mormente o das fugas e das rebeliões e estaria contribuindo decisivamente para a melhoria do ser humano.

Além de dever o Estado possibilitar o estudo durante o cumprimento da pena por parte do detento, deve não criar dificuldades e empecilhos para a concretização de tal necessidade que urge, muito ao contrário, seu papel é de buscar estímulos no afã de açambarcar o maior número de detentos possível no desenvolvimento de atividades escolares e inegavelmente um dos mecanismos a ser utilizado é a possibilidade de remição da pena pelo estudo.

O detento que estuda tem melhores possibilidades de melhorar enquanto ser humano? Não há margem a dúvida. O estudo e melhor preparo intelectual do apenado contribuirá para a diminuição da reincidência? Acreditamos que sim. Possibilitará ao egresso maiores chances de ingressar no mercado de trabalho desempenhando uma função digna? Com certeza.

Ora, se todas estas constatações são facilmente encontráveis, porque a posição majoritária dos tribunais é no sentido de negar a remição pelo estudo? Qual o objetivo do aplicador do direito em vedar algo que se apresenta como produtor e adequado para o sistema prisional, mantendo-se inflexível para a tese da remição da pena em razão de freqüência pelo detento de curso regular?

Certamente porque falta ser desenvolvida uma cultura entre os responsáveis pela execução (magistrados que trabalham com a execução da pena, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores) de que *“ao juiz da execução penal também incumbe a relevante função social da recuperação do condenado. Ele deve comprometer sua atuação com a finalidade legal da execução da pena: ‘proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado’ (LEP, art. 1º), e não desenvolver as suas atividades no empenho exclusivo da verificação do cumprimento do caráter retributivo da reprovação penal”*<sup>13</sup>.

Se o estudo é algo engrandecedor, tanto quanto ou até mais que o trabalho, até porque via de regra as atividades laborativas existentes nos presídios, quando existem, consistem em manufaturas, trabalho artesanal, serviços de limpeza, trabalhos braçais, etc., enquanto que pelo aprendizado sistemático o detento pode vir a obter conhecimento de ciência, técnicas avançadas, informática, enfim, novas ferramentas aptas a devolver a dignidade humana ou a dar-lhe a dignidade que talvez nunca tenha tido.

O que é mais promissor e contribui decisivamente para a reeducação do detento: limpar latrinas ou alfabetizar-se? Trabalhar na cozinha ou na horta ou aprender informática?

Logo, negar a possibilidade de remição pelo estudo é ter uma visão anacrônica do Direito e da aplicação da Lei. É preciso lembrar que o verdadeiro Juiz é aquele que acompanha o sentimento de justiça e não se prende a velhos jargões, a saída fácil, ao que não precisa de interpretação, ao *prêt à porter*, ao pensar dominante do *establishment* e sim ao verdadeiro querer da lei, ao que mais se aproxima dos princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

Ao agir de forma magnânima, possibilitando-se a remição pelo estudo, estar-se-ia amoldando o pensar da execução da pena aos princípios sinaleiros do Direito, não se contentando com o que está posto, agindo diametralmente oposto ao que informou o grande Ministro Nélson Hungria ao comentar o labor do Juiz. Disse o emérito penalista, *ad litteram*<sup>14</sup> :

*“O juiz que para a demonstração de ser a linha reta o caminho mais curto entre dois pontos cita desde Euclides até os geômetras da quarta dimensão, acaba perdendo a crença em si mesmo e a coragem de pensar por conta própria. Dele jamais se poderá esperar uma solução cautamente pretoriana, um milímetro de avanço na evolução do direito, o mais insignificante esforço de adaptação das leis. O juiz deve ter alguma coisa de pelica-*

*no. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as 'roupas feitas' da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será o leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela".*

Desse modo, entendo que a remição da pena pelo estudo tem fundamento legal no art. 126 da Lei 7.210/84 utilizando-se da analogia, tal como previsto expressamente no art. 3º do Código de Processo Penal e na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º, Decreto-Lei nº 4.657/42) e deve ser posta em prática pelo Judiciário, co-responsável pela recuperação do detento.

#### IV - CONCLUSÃO

*Ao fim e ao cabo da presente análise, busca-se concretizar um único objetivo, qual seja, sustentar como plenamente possível a remição da pena à base de três dias de estudo por um de reclusão ou detenção a ser cumprido pelo apenado, tornando-se possível a recuperação do encarcerado, diretriz a ser acompanhada pelos Poderes Executivo e Judiciário quando da execução da pena, consoante previsão existente na Carta Cidadã (art. 1º, III e art. 5º, XLIX, CF), no Pacto de São José da Costa Rica (art. 5º, § 2º da Constituição Republicana e Decreto nº 678/92) e na Lei de Execução Penal (arts. 1º, 17/21 e 126/130) e forte, também, na analogia in bonam partem aplicável na hipótese apreciada.*

Insista-se: mesmo que não exista expressa previsão legal afirmando possível a remição da pena pelo estudo a mesma se apresenta como possível. Para que é preciso a lei se a Constituição Federal, Lei das Leis, e as regras de Direito Internacional (Pacto de São José da Costa Rica e os Princípios Básicos de Tratamento de Reclusos da ONU) resolvem a contenda. Mais ainda: conforme se afirmou, a interpretação gramatical não é o único meio de subsumir o caso concreto a lei. Além disso, a lei por si só não basta. O que é mais importante: a estrita observância a uma vetusta lei em cega obediência à legalidade ou a dignidade da pessoa humana?

*É preciso responder como disse o poeta: "os lírios não nascem da lei"<sup>15</sup>.*

Ademais, não se admite que o aplicador da lei reverta-se em um mero repetidor de códigos, sem maiores preocupações com a profundidade e os desdobramentos de suas decisões, nos moldes do conselheiro Acácio, jocoso personagem literário<sup>16</sup>.

Desse modo, ao se terminar esta breve apreciação da possibilidade de remição da pena pelo estudo, acredita-se, de forma otimista, que em um futuro breve, será invertida a posição da maioria dos julgadores, inclusive e principalmente dos Tribunais de Justiça dos Estados. Em diversos outros temas do direito substantivo e adjetivo penal e atinente à execução penal já se conseguiu modificar o pensamento outrora dominante, inserindo modificações em prol de um sistema mais racional, justo e equânime, graças à atuação de advogados destemidos, membros do Ministério Público, comprometidos com o justo e magistrados que não se colocam na condição de escravos da lei e nem se portam como feticista da jurisprudência.

Certamente ao se trilhar a senda do Estado Democrático de Direito, buscando por no epicentro das decisões judiciais a dignidade da pessoa humana e a cidadania, entendimentos que considerem possível a remição da pena pelo estudo passarão a ser a regra e não exceção. Oxalá esta nova era esteja próxima de ser alcançada.

#### V - BIBLIOGRAFIA

BÁRTOLI, Márcio. Remição da pena pelo estudo. *Boletim do Ibccrim nº126, maio/2003.*

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral. *Forense, 10ª edição, 1986.*

HUNGRIA, Nélon. Comentários do Código Penal. Vol. 01, T. 1. *Editora Forense, 4ª edição, 1958.*

JESUS, Damásio. E. de. Direito Penal - Parte Geral. *Saraiva, 16ª edição, 1992.*

LINS e SILVA, Evandro. O salão dos passos perdidos. *Editora Nova Fronteira. 1ª edição, 4ª impressão, 1997.*

MARCÃO, Renato Flávio. Lei de Execução Penal Anotada. *Saraiva, 1ª edição, 2001.*

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. *Atlas, 5ª edição, 1995.*

<sup>1</sup> Indiscutivelmente a Lei de Execução Penal consiste em um diploma normativo classificado entre os menos cumpridos de nosso país. Inúmeros dispositivos não foram sequer implementados (*v.g.*, arts. 88, 103, 203, etc.), merecendo destaque o fato de que referido texto legal encontra-se em vigor desde 13.01.1985 (art. 204, LEP), ou seja, são quase duas décadas de descaso com a questão prisional que lamentavelmente nunca foi prioridade de nenhum governante desta pobre Nação. Faz-se pouco caso a respeito dos problemas penitenciários, tal qual o lixo que se põe por baixo do tapete. O resultado de nefasta conduta é de conhecimento de todos: superpopulação carcerária, violações de direitos básicos como a uma alimentação com o mínimo de nutrientes e a dignidade humana, rebeliões, motins, fugas, violências das mais diversas formas, corrupção do aparelho estatal, dentre outras mazelas.

<sup>2</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. Atlas, 5ª edição, 1995, p. 312.

<sup>3</sup> “A remição não reduz o total da pena imposta ao condenado, mas abrevia o tempo de sua duração”. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Ob. cit.*, p. 313.

<sup>4</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. Forense, 10ª edição, 1986, p. 87.

<sup>5</sup> JESUS, Damásio. E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. Saraiva, 16ª edição, 1992, p. 48.

<sup>6</sup> MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de Execução Penal Anotada*. Saraiva, 1ª edição, 2001, p. 02.

<sup>7</sup> Na execução da pena atuam concomitantemente dois poderes: o Executivo por intermédio da administração prisional e o Judiciário por conduto da Vara de Execuções Penais, responsável pela apreciação dos pleitos fulcrados na LEP. Predomina o caráter judicioso da execução, com a necessidade da observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da motivação, do juiz natural, da legalidade, dentre outros.

<sup>8</sup> “A aplicação do princípio da analogia *in bonam partem*, é o fundamento legal conferido aos magistrados para reconhecer a equivalência do trabalho com o estudo oficial, quando interpretarem o disposto no art. 126 da LEP”. BÁRTOLI, Márcio. *Remição da pena pelo estudo*. Boletim do Ibccrim nº126, maio/2003, p. 10.

<sup>9</sup> “AGRAVO EM EXECUÇÃO – REMIÇÃO – ESTUDO – Frequência em curso realizado no presídio. Interpretação extensiva da

expressão trabalho e aplicação da analogia. Artigo 126 da Lei de Execução Penal. A remição de pena pelo trabalho, prevista no art. 126 da Lei de Execução Penal, é de ser estendida, numa interpretação analógica e sistêmica, quando o apenado frequenta curso, objetivando a ressocialização e crescimento como pessoa". (TJRS – AG 2768216 – 1ª C. Crim. – Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres – J. 15.08.2001 – *Juris Síntese Millennium nº JS164-36*).

<sup>10</sup> MARCÃO, Renato Flávio. Ob. cit., p. 03

<sup>11</sup> Ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e regrado por intermédio do Decreto nº 678, de 06.11.1992.

<sup>12</sup> LINS e SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*. Editora Nova Fronteira. 1ª edição, 4ª impressão, 1997, p. 21.

<sup>13</sup> BÁRTOLI, Márcio. *Remição da pena pelo estudo*. Boletim do Ibccrim nº126, maio/2003, p. 10.

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários do Código Penal*. Vol. 01, T. 1. Editora Forense, 4ª edição, 1958, pp. 68-69.

<sup>15</sup> "Este é um tempo de partido,

tempo de homens partidos.

Em vão percorremos volumes,

viajamos e nos colorimos.

A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua.

Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.

As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.

Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra". (Carlos Drummond de Andrade).

<sup>16</sup> Está a se comentar do personagem Conselheiro Acácio, que ficou célebre e ocupou os maiores cargos públicos por dizer obviedades, merecendo ser agraciado com honra ao mérito junto ao Governo de Portugal. Trata-se da clássica obra *O Primo Basílio*, criação da genialidade do grande Eça de Queiroz.



## O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Marcos de Oliveira Pinto

### 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo proceder a um exame acerca do princípio constitucional da eficiência, aplicável à Administração Pública, e do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, tendo por base o papel do Estado no empreendimento das políticas públicas de desenvolvimento social.

De início, busca-se estabelecer uma conceituação do que venha a ser princípio em Direito, de modo a permitir uma maior compreensão do seu alcance e importância dentro do ordenamento jurídico, partindo-se também para a adoção de uma classificação desses princípios como inseridos dentro do texto constitucional pátrio, sem olvidar das divergências e dificuldades verificadas na Doutrina acerca deste tema, mas de modo a possibilitar um direcionamento para aquelas aplicáveis à Administração Pública, em todas as suas esferas de poder.

Nisto reside o fato de que o exercício da cidadania, nos moldes como preconizado pela Constituição Federal de 1988, tem nos princípios constitucionais, por evidente, o seu fundamento, tendo em vista sua importância dentro do sistema jurídico constitucional no estabelecimento das normas de conduta e proteção do indivíduo e nas regras de atuação do próprio Estado.

Na atualidade, diante da globalização, da rapidez na troca de informações através dos meios de comunicação, do uso disseminado da Internet e do próprio crescimento populacional, com verificação de índices positivos de desenvolvimento social, como o aumento do número de estudantes que na atualidade ingressam nas universidades brasileiras, ou dados negativos, como o avanço do crime organizado, exige-se que as ações do Estado se voltem com eficiência para seu objetivo maior, de garantir segurança e bem-estar à população, com o uso racional de seus recursos.

Dentro deste contexto, a própria Constituição Federal estabelece princípios que devem nortear os atos do administrador público, esculpido especialmente no seu artigo 37, de modo a garantir a observância da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência, aspectos que dentro deste trabalho serão então abordados com análise de cada um deles em particular, verificando-se sua forma de aplicação e necessidade da sua importância para a Administração Pública.

O estudo, então, ingressa no seu objetivo maior, quanto à possibilidade de se promover um controle do princípio da eficiência dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, como forma de se visualizar as implicações e conseqüências da sua não observância pelo administrador público, tendo em vista a imperiosa necessidade de se assegurar ao indivíduo, enquanto integrante do pacto social, os meios e recursos necessários à garantia dos seus direitos, acaso atingidos pela falta de eficiência das ações praticadas pela Administração Pública.

Em conclusão, pretende-se demonstrar a importância dos princípios constitucionais na forma de atuação do Poder Público e em que sentido se pode estabelecer um controle do Judiciário, por provocação da parte lesada, pela inobservância desses princípios na efetivação dos atos administrativos, em especial pelo não cumprimento do princípio da eficiência.

## 2. CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

*Princípio*, do latim *principium*, segundo consta do *Dicionário de Filosofia* de Abbagnano, é o “ponto de partida e fundamento de um processo qualquer”<sup>1</sup>. Neste sentido, diversos são os significados que se pode atribuir ao termo, desde o de origem de algo, como o de fundamento valorativo e estruturante de uma Ciência.

Na Ciência do Direito são os princípios os elos de ligação de todo o sistema, estabelecendo os valores a serem observados e, por conseguinte, sendo fontes de criação do próprio Direito.

Resta evidente que não se trata de tarefa fácil dita conceituação, bastando para tanto a verificação da problemática existente acerca do tema na própria Filosofia, desde Anaximandro (Simplicio, *Fis*, 24, 13), apontado como o primeiro a se utilizar do termo<sup>2</sup>. Todavia, é de fácil verificação que os princípios, por assim dizer, constituem a base de qualquer área do conhecimento humano, que sem eles simplesmente não poderiam existir, tais suas importâncias na definição de seus valores, consoante suas peculiaridades.

Deste modo, assumem os princípios no campo do Direito papel de relevância a partir do momento em que desempenham a nobre função de ligar todo o sistema de modo valorativo e finalístico, com estruturação de suas diversas áreas, balizando a própria posituação desse Direito.

Consoante afirma Diogo de Figueiredo, quanto à importância dos princípios, temos que:

Resulta nítida dessa conceituação a importância estruturante dos princípios, uma vez que a infra-estrutura de *normas preceptivas* se articula polivalentemente com uma superestrutura de *normas principiológicas*, que lhes conferem sentido *valorativo e finalístico*, e lhes dão toda *coerência sistêmica* necessária para aplicá-las harmonicamente.

Como os *princípios* são *normas portadoras dos valores e dos fins genéricos do Direito*, em sua forma mais pura, explica-se porque sua violação tem repercussão muito mais ampla e grave, do que uma transgressão de normas preceituais, que os aplicam às espécies definidas pelos legisladores, venham ou não, tais princípios, expressos explicitamente na ordem jurídica, bastando que nela sejam expressos implicitamente.<sup>3</sup>

A classificação dos princípios é outra questão de tormentosa solução. Diversas são as propostas verificadas na Doutrina, sem que se possa identificar qual a que se pode adotar de forma definitiva, tendo em vista o ângulo que se pretenda analisar. Neste sentido, visando sua importância didática, é se observar a classificação adotada pelo ilustre administrativista Diogo de Figueiredo<sup>4</sup>, segundo a qual os princípios podem se hierarquizar *formalmente, enciclopedicamente* ou *axiológicamente*. No que se refere à hierarquia formal, temos os *princípios constitucionais* e os *princípios infraconstitucionais*. Os princípios hierarquizados enciclopedicamente se referem à abrangência valorativa e finalista, destacando-se os *princípios fundamentais*, os *princípios gerais*, *princípios especiais*, de direito público e de direito privado, e os *princípios setoriais*. Axiologicamente,

os princípios se hierarquizam de acordo com sua importância filosófica, política, econômica ou social, a exemplo da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da propriedade, entre outros tantos exemplos que podem ser verificados. Classificam-se ainda os princípios quanto à sua *finalidade*, entre *princípios substantivos*, que estabelecem um valor, como o já citado princípio da dignidade da pessoa humana, e *princípios instrumentais*, que se destinam a dar aplicabilidade e garantia aos princípios substantivos, como o da indispensabilidade do processo.

Há de se ressaltar ainda que a própria Constituição da República apresenta *princípios explícitos*, porque expressos, e *implícitos*, que é o que se constata com os princípios fundamentais, dos quais decorrem todos os demais princípios e preceitos do sistema jurídico. Por último, cumpre verificar ainda uma classificação valorativa dos princípios, entre *fundamentais* e *derivados*.

Outra questão de grande importância se refere à aplicação dos princípios. Neste aspecto, cumpre ver sua diferenciação quanto à aplicabilidade das normas positivadas, visto que quanto a esta utiliza-se o *método da subsunção*, por meio do qual se subsume o fato à norma e, quanto a esta, se observa sua harmonia com a norma de hierarquia superior, podendo-se valer, nas hipóteses de divergência, dos critérios da *anterioridade* (*lex posterior derogat priori*), da *superioridade* (*lex superior derogat inferioris*) e da *especialidade* (*lex specialis derogat generali*).

A aplicação dos princípios, no entanto, exige outra solução. É que, ao contrário das normas, os princípios não necessariamente se encontram hierarquizados, além do fato de que sobre uma determinada situação ou caso pode se verificar a aplicação de diversos princípios. Neste sentido, é de se ter como método o uso da *ponderação*, que, segundo Diogo de Figueiredo, possui as seguintes fases:

Para aplicar o *método da ponderação*, são necessárias três fases sucessivas: primeira, a fase da *identificação*, visando à definição de qual ou de quais os princípios incidentes sobre a hipótese considerada; em segundo lugar, a fase da *valoração*, pela qual se vai definir qual a prevalência em tese, e em que grau, de um princípio sobre o outro; e, em terceiro lugar, a fase da *avaliação do menor prejuízo*, pela qual se vai decidir pela importância, na hipótese considerada, do princípio que, em tese, seria o mais sacrificado.<sup>5</sup>

Evidencia-se que o *método da ponderação* requer um cuidadoso exame dos princípios em colisão, a fim de que se encontre qual deles há de preponderar no caso concreto, devendo-se ter em mente sem-

pre a necessidade de se buscar no próprio sistema jurídico constitucional a resposta que melhor atenda aos fins do Direito.

Ainda quanto ao uso da *ponderação*, partindo-se dessa concepção acerca de eventual choque de princípios, cumpre que se examine também importante aspecto relacionado aos direitos fundamentais, visto que de seus princípios decorre diversos outros princípios e normas de observância em todo o sistema jurídico. Neste sentido, quanto à colisão de tais direitos, válido apontar o que afirma por Robert Alexy, no sentido de que:

*[...] Nos seus termos, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser correspondida mediante ponderação. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais a estas da própria idéia de proporcionalidade.[...]*<sup>6</sup>

É de se ver, portanto, que os princípios estabelecem os valores e a estrutura do sistema jurídico, de modo que se encontre a necessária harmonia de seus preceitos, possibilitando a estabilidade e a segurança que o Estado deve proporcionar ao indivíduo, enquanto membro do corpo social. Eventual choque de regras ou de princípios, sendo que estes preponderam sobre aqueles, deve ser solucionado pelo *método da subsunção*, para as regras, ou pelo *método da ponderação*, quando se tratar de princípios, de modo a garantir o equilíbrio do sistema jurídico.

O Estado, deste modo, ao estabelecer as regras de conduta social, tem por obrigação a adoção de uma postura ativa, voltada para assegurar à sociedade a sua tranquilidade, em termos de segurança,

e o seu desenvolvimento, representativo de seu bem-estar, devendo ser rejeitada qualquer atitude que venha a contrariar tais objetivos, vez que contrários ao próprio direito estabelecido.

Assim ocorrendo, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, a *Lex Fundamentalis*, estabelece princípios, comandos, direcionados para a Administração Pública, seja a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, que devem ser obrigatoriamente seguidos, a fim de que seus atos, suas políticas, sempre se voltem para a sua finalidade de garantidor da segurança e de fomentador do desenvolvimento social.

### 3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Manoel Messias Peixinho, o “[...] estudo dos princípios constitui o pressuposto fundamental para identificar, metodologicamente, o próprio Direito Administrativo [...]”<sup>7</sup>, e, neste sentido, consoante já abordado, são os princípios que vão estabelecer os valores e a estrutura deste ramo jurídico, disciplinando, por conseguinte, a finalidade e funcionalidade da Administração Pública, quanto as ações e posturas a serem observadas para a consecução dos objetivos constitucionalmente previstos.

Neste sentido, ainda com finalidade eminentemente didática e sem o propósito de se ingressar no seu exame detalhado, até para que não se extrapole o objeto do presente estudo, salvo quanto aos princípios diretamente relacionados ao tema, adota-se a classificação dos princípios aplicáveis ao Direito Administrativo proposta pelo já citado professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, inferindo-se que tais princípios classificam-se em *princípios fundamentais*, *princípios gerais*, *princípios do direito público*, *princípios gerais do direito administrativo* e *princípios setoriais de direito administrativo*.<sup>8</sup>

Os *princípios fundamentais*, encontrados entre os artigos 1º e 4º da Constituição Federal, pertinentes à matéria administrativa, são o *princípio republicano*, o *princípio democrático* e o *princípio da participação*.

Quanto aos *princípios gerais*, aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, tem-se o *princípio da legalidade*, o *princípio da legitimidade*, o *princípio da igualdade*, o *princípio da segurança jurídica*, o *princípio da publicidade*, o *princípio da realidade*, o *princípio da responsabilidade*, o *princípio da responsividade*, o *princípio da sindicabilidade*, o *princípio da sanção* e o *princípio da ponderação*.

Os *princípios gerais de direito público*, diretamente vinculativos às ações do Estado e de seus agentes no cumprimento dos preceitos constitucionais, são representados pelo *princípio da subsidiariedade*, *princípio da presunção de validade*, *princípio da indisponibilidade do interesse público*, *princípio do devido processo da lei*, *princípio da motivação*, *princípio do contraditório* e *princípio da descentralização*.

No que se refere aos *princípios gerais do Direito Administrativo*, norteadores das ações e posturas da Administração Pública, encontram-se o *princípio da finalidade*, o *princípio da impessoalidade*, o *princípio da moralidade administrativa*, o *princípio da discricionariedade*, o *princípio da razoabilidade*, o *princípio da proporcionalidade*, o *princípio da executoriedade*, o *princípio da continuidade*, o *princípio da especialidade*, o *princípio hierárquico*, o *princípio monocrático*, o *princípio colegiado*, o *princípio disciplinar*, o *princípio da eficiência*, o *princípio da economicidade* e o *princípio da autotutela*.

Por fim, quanto aos *princípios setoriais do Direito Administrativo* cumpre ver que estão eles delineados nas diversas áreas, setores, do sistema administrativo, a exemplo dos aplicáveis aos serviços públicos, à licitação, ao procedimento administrativo, aos bens públicos, entre outros, sendo desnecessário a sistemática de relacioná-los, face à especificidade deste trabalho, consoante já ressaltado, mas destacando-se o fato de que eles se configuram nos valores a serem observados por cada um dos setores de que cuida a Administração Pública.

Interessa ao presente estudo, entretanto, aqueles princípios expressamente previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, vez que esse conjunto de princípios constituem a base fundamental para o exame da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário quanto à inobservância do *princípio da eficiência*, tendo em vista os preceitos que deles decorrem, quanto às ações e posturas da Administração Pública.

### 3.1. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade corresponde a um dos principais fundamentos do Estado de Direito, por meio do qual se promove o controle da Administração Pública que encontra na lei a limitação de suas ações.

Aqui reside o tratamento diferenciado entre o Estado e o indivíduo perante a lei. Para o primeiro, encontra-se na sistemática jurí-

dica o campo de atuação do Poder Público. Quanto ao segundo, predominando o princípio da autonomia da vontade, somente a lei pode restringir os atos do indivíduo dentro da sociedade. Neste ponto, há de se observar quanto à pessoa o preceito inserto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para a Administração Pública, portanto, é na lei que se encontra sua área de atuação, com o uso da discricionariedade do administrador público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao versar acerca do tema sob análise, afirma que:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.<sup>9</sup>

A legalidade, portanto, o atuar em conformidade com a lei, significa para a administração pública o estrito cumprimento e observância desta, de modo que compete ao próprio Estado a revisão de seus atos e a correção daqueles que se apresentem em desarmonia com o sistema jurídico vigente.

Urge que se observe, por oportuno, a distinção entre a *legalidade legítima* e a *legalidade ética*, consoante doutrina do já citado Manoel Messias Peixinho, para quem, no que se refere à primeira, se constata que:

*[...] as lei deixam de ser legítimas quando se percebe que o Estado está em mora com as obrigações assumidas em determinadas Constituições, ou seja, a crise constitucional da legitimidade se instaura exatamente quando ocorre uma perda ou um ‘déficit’ de capacidade do Estado para responder às demandas e expectativas econômicas, políticas e sociais dos governados e para promover reformas profundas na Socieda-*

*de, ou seja, quando o Estado corre o risco de descumprir o mandato que recebeu do povo para fazer e acelerar a evolução social.*<sup>10</sup>

No que pertine à *legalidade ética*, também observa o mencionado professor que:

O princípio da legalidade adquiriu nova dimensão com a ascensão do princípio da moralidade ao *status* constitucional. Não se legitima mais o princípio da legalidade por estar simplesmente positivado no ordenamento jurídico. Daí a necessidade de os atos administrativos estarem de acordo com os princípios éticos e morais norteadores da Administração Pública. Assim, insuficientes são aqueles atos administrativos que, mesmo ostentando um *status* de aparência de legalidade, discrepem dos valores éticos previstos e respeitados em determinada comunidade. Neste sentido, pode-se dizer que a legalidade ética é a conformação harmoniosa dos princípios da legalidade e da moralidade.<sup>11</sup>

De se ver, pois, a impropriedade em se buscar o isolamento de um único princípio, como o da legalidade, visto que sua aplicação e observância devem estar de acordo com todo o sistema jurídico, de modo a lhe imprimir a necessária lógica.

A administração pública, deste modo, encontra no princípio da legalidade não só a limitação de suas ações, posto que só autorizada a fazer aquilo que a lei estabelece, mas também deve atuar no seu cumprimento com verificação de sua incidência dentro do próprio sistema, a fim de atribuir o alcance necessário na consecução das funções que lhe são impostas pelo sistema constitucional.

### 3.2. DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Partindo para um exame direto, pode-se dizer que o princípio da impessoalidade impõe para a Administração Pública a adoção de um modo de atuação direcionada a toda sociedade, indiscriminadamente. Ou seja, os atos do administrador público devem ser direcionados para o bem de todos e não para o benefício de um grupo ou indivíduo isoladamente.

Nisto reside a própria idéia da finalidade dos atos da administração pública, que não pode ser fonte de privilégios individuais em detrimento dos demais integrantes da comunidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quanto a este princípio, assevera também que:

*Este princípio, que se conta entre aqueles que o legislador constitucional houve por bem de explicitar (art. 37, caput), tem uma tríplice acepção.*

*Na primeira, veda a Administração de distinguir interesses onde a lei não o fizer.*

*Na segunda, veda a Administração de prosseguir interesses públicos secundários próprios, desvinculados dos interesses públicos primários definidos em lei. Neste caso enfatiza-se a natureza jurídica ficta da personalização do Estado, que, por isso, jamais deve atuar em seu exclusivo benefício, mas sempre no da sociedade.*

*Na terceira acepção, veda, com ligeira diferença sobre a segunda, que a Administração dê precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos.<sup>12</sup>*

Urge, por fim, observar dito princípio também implica na própria impessoalidade dos atos praticados pela Administração Pública, no sentido de serem a ela imputados e não às pessoas dos administradores públicos, como, p. ex., se infere da regra contida no parágrafo 1º do artigo 37 da *Lex Fundamentalis*, nos seguintes termos:

Art.37. [...]

[...]

*§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.*

Deste modo, cumpre ver que o princípio da impessoalidade representa uma limitação ao Poder Público, direcionando a finalidade de suas ações para o bem da sociedade, sem distinções ou privilégios repudiados pela lei.

### 3.3. DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A questão ligada ao princípio da moralidade tem nos dias atuais grande importância, tendo em vistas as diversas implicações legais decorrentes dos atos praticados pela Administração Pública com sua inobservância.

Com efeito, a moralidade administrativa, que não se confunde com a moral do homem comum, ligada esta à questão da ética, tem estreita ligação com a boa administração, a partir do momento em que se verifica que o administrador público, para bem administrar, deve não apenas atender à legalidade, a que se encontra fortemente vinculado, mas também deve estar voltado para a finalidade dos seus atos de administração, no sentido de atender aos preceitos legais e, assim, atuar no interesse da sociedade.

A ação ou omissão do administrador público que represente ofensa à moral administrativa produz consequências no campo da ilegalidade, com possibilidade real de invalidação dos atos efetivados e com consequências jurídicas para o próprio administrador.

O princípio da moralidade alcança não só o administrador público, como também a pessoa do administrado que se relaciona com a Administração Pública, a exigir-lhe um comportamento segundo o qual suas ações não devem ser prejudiciais à própria Administração Pública e, por consequência, à sociedade. Neste sentido, afirma a já citada Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.<sup>13</sup>

Quanto a forma de agir do administrador público em atitude de ofensa ao princípio da moralidade, é de se destacar o que assevera o professor Diogo de Figueiredo, no sentido de que:

Por isso, além da hipótese de desvio de *finalidade*, pode ocorrer *imoralidade administrativa* nas hipóteses de *ausência de finalidade* e de *ineficiência* grosseira da ação do administrador público, tendo em vista, também a *finalidade*, a que se propunha atender.

Portanto, para que o administrador público vulnere esse princípio, basta que *administre mal* os interesses públicos, o que poderá ocorrer de três modos: 1º - através de atos com *desvio de finalidade*

*pública*, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2º - através de atos *sem finalidade pública*; 3º - através de atos com *deficiente finalidade pública*, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe forem afetos.<sup>14</sup>

Deste modo, resta evidente a estreita ligação verificada entre o princípio da moralidade e a *boa administração*, como também o fato de que a inobservância de tal princípio recai no campo da *ilegalidade*, como possibilidade de anulação do ato e conseqüências jurídicas para a pessoa do administrador que descuidou no trato da coisa pública, o que se efetiva principalmente por meio do controle do Poder Judiciário.

### 3.4. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade significa a transparência que deve orientar os atos de Administração Pública, com ressalvas de sigilo, por evidente, nas hipóteses legalmente previstas. Trata-se de mais um norte para o administrador público, que não deve cuidar dos interesses públicos sem a necessária prestação de contas, que também se efetiva pela materialização e aplicação deste princípio constitucional.

Trata-se, a publicidade, de mais uma garantia do indivíduo perante o Estado, posto que na efetiva aplicação deste princípio a sociedade vislumbra a necessidade de se utilizar dos meios de controle da Administração Pública.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, neste aspecto, afirma que:

Por isso, no Direito Público e no Administrativo, em particular, o *princípio da publicidade* assoma como o mais importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela *transparência* dos seus atos, ou, como mais adequadamente pode ser expressado, por sua *visibilidade*, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em conseqüência, serem exercidas as várias modalidades de controle nela previstos.<sup>15</sup>

A Constituição Federal em diversos de seus dispositivos assegura e determina a observância deste princípio, a exemplo do que consta dos incisos XIV, XXXIII e LX do seu artigo 5º.

Do mesmo modo, também se estabelecem os instrumentos que garantem ao indivíduo, por aplicação do princípio da publicidade, o

acesso à informação, como se verifica com o *habeas data*, o mandado de segurança e o próprio uso das vias judiciais ordinárias, quando se constatar a existência de prejuízo a um direito tutelado pelo ordenamento jurídico, vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (C.F., inc. XXXV do art. 5º). Por último, há de se observar ainda o próprio direito de petição e de obter certidões em repartições públicas, na forma das alíneas “a” e “b” do inciso XXXIV do mencionado dispositivo constitucional.

### 3.5. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi elevado a nível constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, devendo sua análise ser procedida de forma conjunta com os demais princípios constitucionais, vez que não há nenhuma espécie de preponderância deste princípio sobre os demais, principalmente no que se refere à necessária legalidade dos atos administrativos.

De fato, cumpre-se analisar a diferença existente entre a eficiência a ser atingida na iniciativa privada e aquela pretendida no sistema jurídico-constitucional para a Administração Pública. Com efeito, enquanto que no setor privado tudo que não é proibido pela lei é permitido ao cidadão, na gestão pública só se pode praticar aquilo que a lei autoriza. Assim sendo, pode o particular buscar os meios necessários para conseguir eficiência na sua ação ou no seu empreendimento, desde que não afronte a lei. Para o administrador público, entretanto, não pode ele se esquivar da legalidade para impor maior eficiência nas ações que pretenda realizar.

Incube ao administrador, de acordo com os recursos que dispõe e o campo de discricionariedade que a lei estabelece, buscar atingir o interesse social, sem, no entanto, olvidar da legalidade que envolve os atos de administração da coisa pública.

Tal limitação ao princípio da eficiência, por evidente, representa uma necessária segurança para a própria sociedade, vez que situação oposta, ou seja, aceitar que o administrador público, sob alegada necessidade de eficiência, possa se furtar ao cumprimento dos preceitos legais, redundaria em situações de insegurança para os indivíduos, em prejuízo dos fundamentos do próprio Estado de Direito.

Cumpre, entretanto, observar que tal realidade não autoriza a omissão do administrador público. Pelo contrário, deve ele agir de modo tal que imprima eficiência às ações do Estado, voltando-se sem-

pre para a finalidade do bem comum. Neste sentido, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

*Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.*

*Embora já praticado no âmbito privado, como proteção do consumidor, e doutrinariamente reconhecido nas obras dos administrativistas mais recentes, o certo é que, uma vez constitucionalmente consagrado, o dever de eficiência do setor público, dirigidos aos interesses da sociedade, sempre que possa ser objetivamente aferível, passou a ser um direito difuso da cidadania.<sup>16</sup>*

Por fim, cumpre também observar que o princípio da eficiência abrange todos os aspectos da Administração Pública, com incidência inclusive quanto a atuação de seus representantes e funcionários, a exemplo, quanto a estes, da norma contida no parágrafo 4º do artigo 41 da Constituição Federal. Neste ponto, válido ainda ressaltar o que observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro, quando assevera que:

*O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.<sup>17</sup>*

#### 4. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

No desempenho de sua atividade administrativa o Poder Público encontra-se vinculado a um sistema de controle estabelecido pelo direito positivo, envolvendo tanto o Executivo, como o Legislativo e o Judiciário.

Evidente que a existência desse controle das ações do Poder Público tem justamente a finalidade de buscar o cumprimento das funções que lhe são impostas pelo sistema jurídico, com o respeito dos princípios que lhe são pertinentes, como é o caso do princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, consoante já examinados.

Dito controle se desenvolve tanto pelo próprio Poder Executivo, inclusive pela possibilidade de revisão de seus atos, como pelo Poder Legislativo, responsável pela produção normativa, como também pelo Poder Judiciário, por meio da via processualmente idônea.

Tal controle, assim, fundamento de um Estado de Direito, representa a garantia do cidadão de que o Estado, dentro do pacto social estabelecido, promove o direcionamento de suas ações com a finalidade de proporcionar segurança e o desenvolvimento social, visando sempre a melhoria de vida da população, em seus diversos aspectos.

O próprio cidadão, enquanto integrante da sociedade, desempenha papel de relevo nesse controle, a ponto da Constituição Federal, face às modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelecer no parágrafo 3º do seu artigo 37 que:

*Art. 37. [...]*

*[...]*

*§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:*

*I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;*

*II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;*

*III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.*

Prosseguindo, tem-se que o controle da Administração Pública, quanto ao momento de sua realização, pode-se dar de forma prévia, concomitante ou posterior à realização do ato, de acordo com as disposições estabelecidas no próprio ordenamento jurídico, como na hipótese de controle prévio, p.ex., no caso da necessária de aprovação pelo Congresso Nacional ou de uma de suas Casas de alguns dos atos que venham a ser praticados pelo Poder Executivo.

O controle se verifica ainda de forma interna e externa, consoante seja efetivado por órgão integrante ou não daquele que efetivou o ato sob fiscalização. Destaca-se, quanto à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, o controle externo desempenhado pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas. No que pertine ao controle interno, urge salientar a regra prevista no artigo 74 da Constituição Federal, quanto à necessidade de cada um dos Poderes do Estado manter, de forma integrada, um sistema de controle.

No presente estudo, interessa mais de perto o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário junto à Administração Pública. Quanto a relevância deste tema, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

*O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias e de imparcialidade que permitem apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.<sup>18</sup>*

Com efeito, de nada adiantaria ao cidadão todo um sistema de princípios e preceitos a direcionar as atividades da Administração Pública se não existisse a possibilidade de se recorrer a um Órgão capaz de impedir o excesso e proporcionar a correção dos atos praticados com desvio de finalidade pelos administradores públicos. Não

haveria segurança do homem perante o Estado, vez que o indivíduo estaria entregue à *vontade* do Poder Público, seria um seu refém.

A atividade do Poder Judiciário no controle da Administração Pública, entretanto, comporta restrições quanto a sua efetivação e, nesse aspecto, trata-se de questão que ainda não se encontra pacificado na Doutrina, inclusive porque, e nisto não há divergência, não se pode aceitar que um Poder venha a ingressar na área de competência de outro Poder da República, por evidente afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

O aspecto de maior relevância para que o Poder Judiciário possa exercer o controle sobre o Poder Público diz respeito ao aspecto da legalidade. Todavia, dentro da atual sistemática jurídico-constitucional, evidencia-se que qualquer desvio das funções da Administração Pública pode e deve ser objeto de controle judicial, inclusive porque, como já indicado, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (CF, art. 5º, inc. XXXV). Trata-se de uma garantia constitucional e, neste sentido, evidencia-se o controle também em virtude da própria moralidade administrativa, com íntima relação com a legalidade, inclusive quanto aos seus efeitos, como também pela própria eficiência administrativa, elevada ao nível de princípio constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Neste sentido, é de se ver que as limitações impostas ao controle judicial dos atos da Administração Pública, consoante doutrina do professor Diogo de Figueiredo<sup>19</sup>, dizem respeito à *matéria*, em situações de exceção impostas pela própria Constituição Federal (p.ex., os artigos 52, I, e 49, IX, da CF); à *amplitude do controle*, pela aplicação do princípio da separação dos poderes, p.ex.; à *oportunidade do pronunciamento*, como numa hipótese de se pretender a anulação de um ato administrativo incompleto; e, por fim, à *extensão desse pronunciamento*, que, no dizer do mencionado administrativista, implica que “o pronunciamento do Judiciário não ultrapassa, naquilo em que declara, constitui e condena, e que corresponde ao *decisum* de seus atos jurisdicionais, as relações jurídicas deduzidas, a respeito das quais foi provocado a decidir.”<sup>20</sup> Cumpre ressaltar, entretanto, para que não se pense ditas restrições em termos absolutos, que em qualquer situação de ilegalidade pode e deve o Judiciário ser provocado para que se pronuncie acerca do ato que venha a ser impugnado.

Os atos discricionários, do mesmo modo, também podem ser objeto de controle judicial, pelos mesmos fundamentos já elencados, devendo-se, quanto a eles, se observar o que adverte a já menciona-

da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que “Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de **mérito** (oportunidade e conveniência).”<sup>21</sup>

Feitas tais ponderações, observando-se que é garantia do cidadão perante o Estado que não se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme já apontado, impõe-se a análise do exercício de tal controle por descumprimento do princípio da eficiência.

Tal questão, cuja resposta positiva no sentido de confirmar dito controle é uma consequência natural, ante os fundamentos já delineados, comporta ainda algumas outras observações.

É que o Estado no desenvolvimento de suas atividades, tendo em vista as atribuições que lhe são impostas pelo sistema jurídico, tem o dever de agir com atenção ao princípio da eficiência, a fim de que o cidadão receba o serviço que lhe é oferecido pelo Poder Público da melhor forma e do modo menos oneroso possível.

A atuação ineficiente do Estado, portanto, implica na possibilidade de se levar ao Poder Judiciário eventual ofensa a um direito que venha a ocorrer por tal situação. É claro que o Judiciário não poderá, por meio de sua Decisão, substituir a Administração Pública, impondo sua *vontade*, mas pode e deve verificar a legalidade da atuação estatal, inclusive quanto à correta aplicação dos recursos públicos.

Tal necessidade de eficiência não diz respeito apenas à forma de organização da Administração ou ao desempenho de seus agentes, mas também ao próprio desenvolvimento e resultado das políticas públicas a cargo do Estado, posto que qualquer direito que venha a ser lesado ou ameaçado de lesão por tal ineficiência constituirá pressuposto válido para a provocação do Judiciário no sentido de fazer cessar a ação ou omissão lesiva do Poder Público. Ao tratar do tema, o constitucionalista Alexandre de Moraes tece os seguintes e relevantes comentários:

Importante salientar que a proclamação constitucional do *princípio da eficiência* pretende solucionar, principalmente, o clássico defeito da administração pública na prestação dos serviços públicos e do Poder Judiciário em analisar a eficiência da administração. Guido Santiago Tawil adverte para a grande dificuldade do Poder Judiciário em colmatar a omissão administrativa na prestação de serviços públicos, observando a tendência ineficaz dos tribunais argentinos

em substituir a inércia da administração por uma condenação a pagamento de indenização, pois, como afirma o citado autor, “quem acude ante os Tribunais para conseguir que a administração implemente sua moradia de energia elétrica, gás ou água corrente, pouco estaria interessado em indenização em dinheiro. Persegue, pelo contrário, ter luz e calefação, possibilidades que não constituem luxo, mas sim serviços essenciais de toda a sociedade moderna.”<sup>22</sup>

Assim é que a própria Constituição Federal, nos quatro incisos do seu artigo 3º, estabelece como *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil (I) a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; (II) a garantia do desenvolvimento nacional; (III) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e, por fim, (IV) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais *objetivos fundamentais*, assumidos pelo Estado por meio da Carta Magna, devem ser perseguidos pelo Poder Público com o desenvolvimento de políticas que permitam à população ver as suas concretizações, a exemplo da criação do *Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza*, efetivado pela Emenda Constitucional nº 31/2000.

A melhor distribuição de renda, a habitação, a reforma agrária, a segurança pública, entre outros, são aspectos da realidade que exigem do Estado essa mesma postura, tal sua importância para o desenvolvimento social.

A própria segurança pública, tema de grande discussão na atualidade através dos meios de comunicação, face à crescente violência nos grandes centros populacionais do país, exige do Poder Público a adoção de medidas que, de forma eficiente, proporcione a proteção que deve ser dada à integridade física dos indivíduos e de seu patrimônio, valendo ver, neste sentido, o que afirma Diogo de Figueiredo, quando assevera que:

*No art. 144, caput, expressa-se, corretamente, a segurança pública, como atividade destinada à preservação da ordem pública, enfatizando-se, ainda, os valores nela protegidos – entendidos como complementares e reforçativos do conceito constitucional de ordem pública, que é a situação social em que se pressupõe que pessoas e bens estejam seguros.*<sup>23</sup>

Todas as ações da Administração Pública, portanto, voltadas para a consecução dos seus objetivos constitucionalmente estabelecidos, devem também atender ao princípio da eficiência, já que de nada adianta, p.ex., colocar policiais nas ruas e não lhes dispensar um tratamento condigno com a função que desempenham, por meio de uma remuneração justa, de um treinamento adequado e do fornecimento dos materiais indispensáveis ao combate da criminalidade.

Desta forma, fica evidente a possibilidade da omissão do administrador público ou mesmo da pouca eficiência dos serviços públicos prestados, ser motivo de provocar ou ameaçar ocasionar lesão ao direito do cidadão enquanto integrante da sociedade e, por conseguinte, destinatário daqueles *objetivos fundamentais* que são assegurados pela Constituição Federal. Tal lesão ou ameaça de lesão, por conseqüência, pode ensejar a provocação do Judiciário para fazer cessar a ameaça ou promover a reparação de dano, com o retorno dos atos da Administração Pública para os fins que lhes são constitucionalmente previstos.

Repita-se que no exercício do controle dos atos administrativos não cabe ao Poder Judiciário, como já indicado, substituir o papel do administrador público, ingressando na esfera de competência de outro Poder da República. De modo algum se poderia aceitar esse tipo de interferência, em detrimento do Estado de Direito.

Não se pode olvidar, entretanto, que o princípio da eficiência, visualizado em conjunto com os demais princípios constitucionais, como o da legalidade, norteiam as ações do Estado e, deste modo, pode e deve o controle recair até mesmo no que se refere à mencionada aplicação de recursos públicos, já que qualquer desvio de finalidade pode ensejar a ineficiência do serviço estatal, redundando, inclusive, na possibilidade de atribuição de responsabilidade ao administrador público, que não cuidou de bem gerir a coisa pública, atuando com desvio de finalidade ou omitindo-se quando era de se exigir sua efetiva participação e atuação.

Vale lembrar que a discricionariedade do administrador público não serve como fator de limitação ao controle judicial por ineficiência do Poder Público, vez que dita discricionariedade não pode conduzir a uma situação de absoluto grau de irresponsabilidade, bem como porque, como já observado, mesmo que não se adentre no *mérito* (*conveniência e oportunidade*) do ato administrativo, pode-se analisar os aspectos inerentes à sua finalidade, quanto a almejada eficiência, além, claro, da própria questão inerente à legalidade.

Quanto ao aspecto do poder discricionário visto sob o ângulo da legalidade, válido destacar o que afirma a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando diz que:

Essa tendência que se observa na doutrina de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.<sup>24</sup>

Por fim, cumpre observar que a própria Constituição Federal estabelece os instrumentos que a sociedade dispõe para a provocação do Judiciário no exercício do controle da Administração, dentre eles o *Habeas Corpus*, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Individual e Coletivo, a Ação Popular e a Ação Civil Pública, disciplinando o ordenamento jurídico, o objeto, a legitimidade e o processamento de cada uma dessas ações, consoante for o direito lesionado ou ameaçado de lesão que se pretende ver tutelado pelo Poder Judiciário em razão da ação ou da omissão lesiva do Poder Público.

## 5. CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega, face ao acima apresentado, é no sentido de que incumbe ao Estado, no desempenho de suas funções constitucionais, atuar de modo a promover o desenvolvimento da sociedade, com o alcance dos *objetivos fundamentais* previstos na Carta Política de 1988. Nesse mister, deve a Administração Pública estar voltada para o cumprimento dos princípios e preceitos delineados na Carta Constitucional, assegurando e observando nos seus atos, dentre outros, o exercício da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

A legalidade e o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, por conseguinte, representam as bases de um Estado de Direito, garantidores do correto desempenho das atividades a serem empreendidas pelo Poder Público, permitindo que os desvios de finalidade e as atitudes prejudiciais aos mencionados *objetivos fundamentais* sejam devidamente repelidos, em prol do cidadão, enquanto parte integrante do corpo social.

Neste passo, não há que se negar a necessidade de uma análise estrutural dos princípios constitucionais, bem como o fato de que

eles reclamam eficácia, reclamam um resultado materializado na *boa administração*, na boa gestão da coisa pública, do interesse público.

Tal necessidade impõe uma limitação da discricionariedade do administrador público, de modo a permitir uma correta fiscalização e controle de seus atos, autorizando a invalidação e a correção dos desvios quanto a legalidade, a moralidade e a eficiência, sem olvidar dos demais princípios e preceitos normativos, na estruturação lógica do sistema jurídico-constitucional.

Assim é que se apresenta insuficiente o controle dos atos administrativos meramente pelo aspecto da legalidade, sem que se questione acerca da moralidade ou da sua eficiência, de forma a possibilitar, com tal controle, em seus diversos ângulos, o correto e necessário desenvolvimento das políticas públicas a serem empreendidas pelo Estado, de forma a garantir à população o efetivo atendimento das suas carências por meio de um bom serviço público, com o menor ônus possível.

Não se trata, por evidente, de se sobrepor o Judiciário aos demais Poderes da República, o Executivo e o Legislativo, como se lhe pudesse autorizar uma atuação substitutiva na Administração Pública, pois tal fato redundaria num desvirtuamento da finalidade do próprio controle judicial. Trata-se, isto sim, de se garantir ao cidadão o cumprimento por parte do Estado das atribuições que lhe são confiadas no interesse maior de proporcionar segurança e bem-estar à coletividade.

O avanço do estudo do Direito Administrativo, ante a nova sistemática jurídica inserida no texto da *Lex Fundamental*, proporciona o abrandamento de conceitos, como o da própria discricionariedade, em prol de um Estado efetivamente comprometido com a realização da sua função institucional, nos moldes como constitucionalmente assegurado à população.

Uma visão tímida e despreocupada com os *objetivos fundamentais* até poderia conduzir dita análise a barreiras apontadas apressadamente como intransponíveis, esquecendo-se, no entanto, que a doutrina administrativista atual não mais comporta esse tipo de atitude, posto que o ponto fundamental que se apresenta é o da perseguição constante do Estado na realização das obrigações por ele assumidas por ocasião do pacto constitucional.

A eficiência da Administração Pública antes de ser uma realidade é uma necessidade, é um elemento que não se pode dispensar, ou lançar no fundo escuro de um baú qualquer de antiguidades.

Pelo contrário, é uma ida sem volta, uma realidade inexorável do avanço do Direito Administrativo e do próprio Direito Constitucional, no sentido de se impor ao Estado o fiel cumprimento dos princípios e preceitos constitucionais.

Referências:

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Renovar. 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. In: PEIXINHO, Manoel Messias e outros.(Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris.2001. p.447-474.

<sup>1</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.792.

<sup>2</sup> ABBAGNANO, 2000, p.792.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 74.

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, 2002, p. 75-76.

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 77.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. p. 14-15.

<sup>7</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. In: PEIXINHO, Manoel Messias e outros.(Org.).

*Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2001. p.447-474.

<sup>8</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 77.

<sup>9</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 68.

<sup>10</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. In: PEIXINHO, Manoel Messias e outros.(Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2001. p.447-474.

<sup>11</sup> PEIXINHO, 2001, p.447-474.

<sup>12</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 93.

<sup>13</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 79.

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 94.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, 2002, p. 82.

<sup>16</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 103-104.

<sup>17</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 83.

<sup>18</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 616.

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002. p. 226-231.

<sup>20</sup> MOREIRA NETO, 2002, p. 229.

<sup>21</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 616.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2001. p. 311

<sup>23</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2001. p. 332

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 211

## AS REGRAS DE DIVISÃO DO ÔNUS DA PROVA DEVEM LIMITAR OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ?

**Flávia Moreira Pessoa, Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Professora de Direito Processual do Trabalho, Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestranda em Direito, Estado e Cidadania pela UGF.**

### 1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo visa contribuir para a discussão relativa à limitação ou não dos poderes instrutórios do juiz pelas regras de divisão do ônus da prova. Vale dizer: de acordo com o atual estágio de evolução do Direito Processual Civil o juiz deve ficar limitado à atividade probatória das partes ou pode, independentemente de tais regras, promover de ofício a produção probatória?

Para atingir tal intento, cumpre analisar a teoria do ônus da prova no Direito Processual Civil, bem como fixar a atuação do juiz dentro da perspectiva instrumentalista do processo, o que se procede nos segundo e terceiro itens deste trabalho. A partir de tais elementos, fixa-se, no quarto item, a solução para o cerne do questionamento, através do embate entre os institutos do ônus da prova e dos poderes do juiz, balizado o debate pela perspectiva instrumentalista do direito processual.

### 2 - ÔNUS DA PROVA

*As regras de divisão do ônus da prova são formalizadas em decorrência da impossibilidade de o julgador deixar de decidir, ou seja, tendo em vista a vedação do non liquet. Assim, tais regras são criadas para possibilitar a resolução das controvérsias nos casos em que não resulte provada a existência dos fatos principais.*

*Ônus deriva do latim onus, significando carga, peso. De fundamental relevância, porém, a distinção entre ônus e dever em sentido amplo<sup>1</sup>. Quando se diz que a parte tem um ônus, trata-se de uma faculdade não sujeita à coerção, mas que gera efeitos em seu prejuízo, no caso de inércia. Já*

*o dever geralmente é ligado ao direito material e requer algum adimplemento, podendo a omissão caracterizar ilícito ou resultar em coerção. Assim, por exemplo, há o ônus de provar, mas, por outro lado, o dever de se proceder com lealdade e boa-fé.*

De acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor<sup>2</sup>. O parágrafo único do mesmo artigo autoriza a inversão do ônus da prova por convenção das partes, desde que não se trate de direito indisponível e que não torne excessivamente difícil o exercício do Direito.

De salientar, entretanto, que as regras de distribuição do ônus da prova não são inflexíveis, entendendo a doutrina mais moderna que a interpretação de tais normas deve estar atenta às vicissitudes do direito material. Nesse sentido, a lição de Marinoni e Arenhart, quando interpretam que a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil não é adequada para todas as lides postas em juízo:

A regra de que o autor deve provar o que alega, que é o fundamento do procedimento ordinário, não é adequada a todas as situações carentes de tutela. Quando é impossível ou muito difícil a demonstração da alegação, não se deve exigir um grau de certeza incompatível com a situação concreta, devendo ocorrer a “redução do módulo de prova”, aceitando-se um grau de verossimilhança suficiente, ou a verdade possível. De nada adianta permitir alegar se ao autor é impossível, ou muito difícil, provar. (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 200).

### **3 - OS PODERES DO JUIZ DENTRO DA PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

De acordo com a doutrina contemporânea, o processo é um instrumento público de solução de conflitos. A partir de tal conceituação, a figura do juiz surge como “um agente estatal no desempenho de uma função pública, cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio” (PUOLI, 2001, p. 21).

Nem sempre, contudo, a atividade do juiz foi assim entendida<sup>3</sup>. Na época em que prevalecia a concepção privatística do processo, a função do juiz limitava-se a “regular o desenrolar do conflito, até o momento em que o processo tivesse condições de ser decidido” (PUOLI, 2001, p. 21). Justamente nesse período foram desenvolvidos

e erigidos a lugar privilegiado, dentro da doutrina processual civil, os princípios dispositivo, da inércia e da imparcialidade do juiz, que tinham todos a função de servir como limites à atuação do magistrado.

Em oposição à figura do juiz do Estado liberal, assiste-se, com o surgimento da democracia social, à intensificação da participação do juiz, a quem cabe zelar por um processo justo, capaz de permitir, nas palavras de Marinoni e Arenhart:

i) a justa aplicação das normas de direito material, ii) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e iii) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 192).

Nesse sentido, atualmente, os princípios dispositivo, da imparcialidade e da inércia devem ser analisados a partir da visão publicística do processo<sup>4</sup>. Ou seja, o juiz deve ser inerte e imparcial, mas não pode ser indiferente ao resultado da demanda. Isso porque o processo tem outras finalidades públicas além do atendimento do interesse das partes. Na realidade, “os objetivos de fazer atuar o Direito estatal e pacificar com justiça são mais importantes do que o mero interesse individual dos partícipes em terem a solução da causa levada para conhecimento da jurisdição” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 40).

Dentro desse contexto, o direito brasileiro assiste a um progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, para bem desempenhar suas atividades, sendo tal incremento consagrado pela legislação, doutrina e jurisprudência. Como exemplo, podem ser citados a valorização dos princípios constitucionais do processo, a crescente utilização, pela legislação material, em especial o novo Código Civil, de conceitos juridicamente indeterminados e as recentes alterações promovidas no Código de Processo Civil, em especial as relativas às condutas das partes, levadas a efeito pela Lei 10.358/01.

Além da ampliação dos poderes do juiz de forma geral, assiste-se ao reforço dos poderes especificamente instrutórios, ou seja, aqueles concedidos ao juiz na instrução da demanda para o alcance da mais ampla produção probatória possível. Isso porque, na realidade, um processo “verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 192). É que não se pode permitir que os fatos relevantes para a solução da demanda deixem de ser verificados em razão da menor sorte econômica ou astúcia de uma

das partes. Ao extremo, pode-se chegar até mesmo à conclusão de que “parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 193).

#### **4 - REGRAS DE DIVISÃO DO ÔNUS DA PROVA E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ**

Os poderes instrutórios do juiz, de acordo com a doutrina clássica do Direito Processual Civil<sup>5</sup>, eram vinculados à natureza da relação material discutida no processo. Assim, tratando-se de direito disponível, a produção de provas deveria ficar exclusivamente a cargo das partes. Em caso de direitos indisponíveis ou de ordem pública, os poderes do juiz seriam ampliados.

De igual forma, tradicionalmente entendia-se que as regras de divisão do ônus da prova implicavam o limite estabelecido pelo legislador para a atuação do juiz<sup>6</sup>. Ou seja, o magistrado somente estaria autorizado a promover a produção de novas provas quando, após sua regular apresentação pelas partes, estivesse ainda impossibilitado de proferir sua decisão.

Tal limitação da atividade do julgador pelas regras de divisão do ônus da prova, contudo, não é mais consentânea com o atual estágio de evolução do Direito Processual Civil. Conforme visto no item anterior, assiste-se, hoje, ao incremento dos poderes instrutórios do juiz com o propósito de assegurar efetividade à tutela jurisdicional. Dessa forma, entende-se, a partir da perspectiva instrumentalista do processo, que as regras de divisão do ônus da prova não limitam a atividade instrutória do juiz, a quem cabe velar para que o processo alcance a pacificação com justiça no caso concreto.

O poder instrutório do juiz, contudo, permanece balizado pelas garantias constitucionais do contraditório – art. 5º, inciso LV, CF e da obrigatoriedade de motivação – art. 93, inciso IX, CF. Assim, conquanto ampla, a iniciativa oficial da prova deve sempre observar o contraditório e estar devidamente fundamentada.

Assim, em apertada síntese conclusiva, pode-se fixar que no atual estágio de evolução da doutrina do direito processual civil, as regras de divisão do ônus da prova não devem constituir limite ao poder instrutório do juiz. Sua atividade deve, dessa forma, ser a mais ampla possível no âmbito da instrução processual, mas sempre

balizada pela observância do contraditório e pela obrigatoriedade de motivação.

## 5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SÁ, Djanira Maria Ramadés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>1</sup> É conveniente assinalar também que os deveres em sentido amplo compreendem os deveres em sentido estrito e obrigações processuais. Para Djanira Maria Ramadés de Sá, “enquanto as obrigações processuais, como as obrigações materiais, têm na sujeição de alguém a uma prestação de caráter econômico seu traço peculiar, nos deveres processuais esse traço está ausente. Portanto, além de deveres, têm as partes obrigações no processo, consistentes na satisfação de despesas várias” (SÁ, 1998, p. 137). Na doutrina, contudo, parece prevalecer o entendimento de que a distinção reside no fato que na obrigação processual resta à parte “a liberdade de infringir o comando, sofrendo sanção correspondente”, sendo de se ressaltar

que o cumprimento da obrigação “corresponde a um interesse de outrem, decorrente de um vínculo jurídico”. Já o dever em sentido estrito é “comando que condiciona o comportamento processual das partes, reforçado por sanção, no interesse público de probidade no desenvolvimento do processo”. Assim, no caso de descumprimento do dever, “tem-se caracterizado um ilícito” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 184-185).

<sup>2</sup> Para completa compreensão do dispositivo, convém, com espeque na doutrina de Sandra Aparecida Sá dos Santos, a conceituação de seus elementos principais: constitutivos são os fatos que “fazem nascer a relação jurídica”, enquanto os extintivos “têm o condão de causar a cessação da relação jurídica”. Já os impeditivos “obstam o efeito que seria decorrência normal do fato constitutivo alegado”, ao passo que os modificativos “embora não fulminem a relação jurídica nem impeçam seus efeitos, revestem os fatos constitutivos de uma nova roupagem”, modificando, assim, seus efeitos (SANTOS, 2002, p. 68).

<sup>3</sup> A história do direito processual inclui três fases metodológicas fundamentais, bem delineadas na lição de Cintra, Dinamarco e Grinover, aqui resumida: Na primeira, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos, sendo a ação entendida como o próprio direito material, que uma vez lesado adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Na segunda fase, denominada autonomista ou conceitual, que se iniciou em meados do séc. XIX, foram consolidadas as grandes teorias processuais, como a natureza jurídica da ação e do processo, condições da ação e pressupostos processuais. Nessa fase, a grande preocupação foi a consolidação do direito processual enquanto ramo autônomo do Direito. Finalmente, a terceira fase, ora em curso, denomina-se instrumentalista e tem por norte a compreensão da efetividade do processo como meio de acesso à Justiça. Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. 2000, p.42-45.

<sup>4</sup> A perspectiva publicista do processo é a tendência do direito processual atual. No Brasil, importante trabalho de aprofundamento e divulgação do tema foi levado a efeito por Cândido Rangel Dinamarco. (DINAMARCO, 1994, p. 44-57). Nesse trabalho, o autor explica que essa tendência universal leva à consideração do processo como instrumento a serviço de valores que são objeto da ordem jurídico-substancial.

<sup>5</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico aponta que se orientam nesse sentido tradicional José Frederico Marques, Moacyr Amaral

Santos, Humberto Theodoro Júnior e Arruda Alvim (PACÍFICO, 2000, p. 152).

<sup>6</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, em estudo sobre o tema, colaciona, nessa orientação, o entendimento de Arruda Alvim, Nelson Nery Júnior e João Batista Lopes (BEDAQUE, 2001, p. 116).



## DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

**Nélio Bicalho Pessoa Júnior, Bacharel em Direito pela UFS; Assessor Especial na SSP/SE; Aluno da ESMESE.\***

“A família é um fato natural. Não na cria o homem, mas a natureza. (...) Que é que vedes, quando vedes um homem e uma mulher reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Do concubinato à união estável. 3. Direitos sucessórios dos companheiros. 3. 1. Sucessão dos companheiros anteriormente às Leis 8.971/94 e 9.278/96. 3.2. Sucessão dos companheiros nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. 3.3. O novo Código Civil e os direitos sucessórios dos companheiros. 3.3.1. Considerações preliminares. 3.3.2. Análise do *caput* do artigo 1.790 do novo Código Civil. 3.3.3. Concorrência do companheiro com os descendentes do *de cuius*. 3.3.4. Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis. 3.3.5. Haverá possibilidade de o companheiro sobrevivente concorrer com o cônjuge separado de fato? 3.3.6. Situação do companheiro quando inexistentes outros parentes sucessíveis. 3.3.7. É o companheiro herdeiro necessário? Terá direito real de habitação? 4. Considerações finais.

### 1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Muito embora se trate de assunto bastante discutido, especialmente em relação às leis 8.971/94 e 9.278/96, não existem muitos

estudos com enfoque no novo Código Civil no pertinente aos direitos sucessórios dos companheiros.

A união estável foi tratada no Livro de Família do novo Código Civil, de modo semelhante às leis anteriores que cuidavam da matéria. No que se refere aos direitos sucessórios, no entanto, ocorreu nítido retrocesso, sendo o companheiro sobrevivente colocado em situação inferior ao cônjuge supérstite.

## 2 - DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil brasileiro de 1916 não regulamentou nem proibiu o concubinato. Trouxe, no entanto, dispositivos que penalizavam a concubina. Este Código estabelecia, em seu art. 1.177, a proibição da doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; no art. 248, IV, legitimação da mulher casada ou herdeiros necessários para reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina; proibição, prevista no art. 1.474, de instituição da concubina como beneficiária de contrato de seguro de vida; como também, o art. 1.719 não permitia que a concubina fosse nomeada herdeira ou legatária do testador casado<sup>2</sup>.

Importante ressaltar o papel da jurisprudência na evolução dos direitos da concubina, culminando com a edição da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que admitia, na dissolução judicial da sociedade de fato entre concubinos, a possibilidade de partilhar os bens havidos pelo esforço comum, para evitar o enriquecimento sem causa<sup>3</sup>. Não havia, no entanto, direitos sucessórios.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no art. 226, § 3º, a união estável como entidade familiar, estabelecendo que deveria ela merecer a proteção do Estado. Após a Constituição de 1988, foram editadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96 regulando a união estável.

O que era havido por concubinato puro passou a ser entendido como união estável<sup>4</sup>, e, a palavra concubinato passou a ser utilizada para o que se denominava, anteriormente, concubinato impuro<sup>5</sup>. A mudança da expressão concubinato para união estável foi fundamental, uma vez que reduziu a carga de preconceito que havia com a palavra concubinato<sup>6</sup>.

O Código Civil de 2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, reserva um Título do Livro IV para cuidar da união estável, estabelecendo ainda outras disposições relativas aos conviventes em artigos diversos. Cumpre ainda lembrar que o novo Código Civil,

em seu artigo 1.727, distingue união estável e concubinato estabelecendo que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Frise-se ainda que, na década de 90, houve construção jurisprudencial no sentido da possibilidade de constituição de união estável, na hipótese de pessoa casada, mas separada de fato. A doutrina assim também entendia. O novo Código Civil, em seu artigo 1.723 § 1º, admite a união estável no caso de pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente.

### **3 - DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS**

Com o reconhecimento expresso da união estável como entidade familiar, pela Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário editou as Leis 8.971/94 e 9.278/96 regulando o direito a alimentos, partilha e sucessão entre os companheiros. Com o novo Código Civil, a matéria de alimentos e regime de bens foi tratada no Livro de Família, consolidando a evolução anterior, enquanto a parte relativa à sucessão do companheiro, em flagrante descompasso com o avanço anterior obtido pelo companheiro, foi prevista no Título das Disposições Gerais do Livro de Sucessões.

#### **3. 1 - SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS ANTERIORMENTE ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96**

O direito à sucessão legítima entre os companheiros surgiu no Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988, com a edição da Lei 8.971/94. Se o *de cujus* que mantivesse uma união estável falecesse antes da edição da referida lei, o companheiro sobrevivente não teria direito à herança que seria deferida ao colateral, na ausência de descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente<sup>7</sup>.

Vigora no Brasil o princípio<sup>8</sup>, já previsto no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.577, de que a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regula conforme a lei então em vigor.

O regime de bens e o direito a alimentos tiveram como antecedentes a doutrina da sociedade de fato e da indenização por serviços prestados. Já o direito à sucessão legítima entre os companheiros não teve antecedentes no Direito brasileiro, antes da Constituição de 1988.

No que se refere à sucessão testamentária, era admitido que o companheiro fosse beneficiário de herança do outro, como legatário ou herdeiro nomeado. No entanto, é preciso lembrar que isso só era

possível se o testador não fosse casado, pois, o artigo 1.719, III do Código Civil de 1916 previa que a concubina do testador casado não poderia ser nomeada herdeira nem legatária. A jurisprudência, no entanto, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, construiu entendimento de que o testador casado, mas separado de fato, poderia beneficiar a companheira, numa interpretação restritiva do 1.719, III do Código Civil de 1916, isto é, diferenciando concubina de companheira<sup>9</sup>.

### **3.2 - SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NAS LEIS 8.971/94 E 9.278/96**

Na Lei 8.971/94, foram previstos direitos sucessórios para os companheiros, podendo o sobrevivente, em caso de morte do outro, enquanto não constituísse nova união, ter direito ao usufruto da quarta parte ou da metade dos bens do *de cuius*, se concorresse, respectivamente, com descendentes ou ascendentes do falecido, ou, direito ao total da herança se não houvesse ascendentes ou descendentes do referido.

O direito real de habitação para o companheiro sobrevivente ficou estabelecido no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, fixando a lei que, dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente teria direito real de habitação, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A doutrina pátria passou a entender que o artigo 2º da Lei 8.971/94 não teria sido revogado pela Lei de 1996, coexistindo assim, a possibilidade de usufruto, na forma da Lei de 1994 com o direito real de habitação previsto na Lei de 1996, gerando uma situação mais benéfica para o companheirismo em comparação com os cônjuges, que teria ou um ou outro desses direitos, conforme o regime de bens, como previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916.

Para alguns autores, isso era injusto, pois, deveria haver equiparação no tratamento tanto para os casados, como para os que viviam em união estável. Conforme Euclides de Oliveira, “consideram-se excludentes entre si os benefícios de usufruto e habitação”<sup>10</sup>. Para Rainer Czajkowski, podia haver o entrelaçamento entre o direito sucessório do usufruto (Lei 8.971/94) e o de habitação (Lei 9278). Quando o imóvel destinado à residência da família fosse o único desta natureza no espólio, incidiria o direito de habitação sobre todo ele, pois a expressão econômica deste direito, neste caso, seria maior que

o do usufruto da quarta parte dos bens. No entanto, se o patrimônio deixado pelo *de cujus* fosse formado por vários bens, inclusive residenciais, o usufruto da quarta parte dos bens seria mais abrangente que o direito à habitação, podendo incidir o usufruto sobre um imóvel residencial, além de outros bens<sup>11</sup>.

Importante ressaltar ainda que o companheiro sobrevivente só teria direito à sucessão se estivesse convivendo com o outro, no momento do óbito.

Qual seria o direito aplicável quando o *de cujus* fosse casado, mas separado de fato, e tivesse constituído uma união estável? O direito à herança seria da viúva, nos termos do artigo 1.611, do Código Civil de 1916, ou da companheira, nos termos do artigo 2º, III da Lei 8.971/94? O artigo 1.611 do Código Civil de 1916 dava direito à herança ao cônjuge sobrevivente, enquanto não dissolvida a sociedade conjugal. A Lei 6.515/77 estabelecia que a sociedade conjugal terminava com a separação judicial e não apenas com a separação de fato.

Era controvertida esta questão, posicionando-se os autores de maneira diversa. Para Rainer Czajkowski<sup>12</sup>, quando existisse união com companheiro casado, mas separado de fato, não haveria a possibilidade de aplicação da Lei 8.971/94, uma vez que o artigo 2º desta fazia remissão ao artigo anterior que só se referia às pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, portanto excluído o caso do separado de fato. A herança caberia então à viúva. É mister salientar, no entanto, que, para o autor retrocitado, o parceiro teria direito real de habitação mesmo se o *de cujus* fosse casado, mas apenas separado de fato, pois tal direito estava previsto na Lei 9.278/96 que não fazia restrição ao estado civil dos companheiros.

Também Euclides de Oliveira<sup>13</sup> não obstante afirmar que o artigo 1º da Lei 8.971/94 não poderia ser levado em consideração para caracterização da união estável, pois se achava revogado pela nova conceituação dada pela Lei 9.278/96 - asseverava que "o direito do cônjuge viúvo subsiste e prevalece mesmo em hipótese de anterior separação de fato e vida concubinária do autor da herança", porque, neste caso, a precedência do cônjuge era garantida pelo artigo 1.611 do Código Civil de 1916, que só previa, como exceção, a separação judicial.

Diferentemente, Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>14</sup> entendia que, frente ao aparente conflito entre as normas previstas no artigo 1.611 do Código Civil de 1916 e no artigo 2º da Lei 8.971/94, a solução seria no sentido que "o companheiro e o cônjuge sobrevivente herdem conjuntamente a herança deixada pelo falecido".

Outro ponto que merece destaque no assunto de direitos sucessórios é a discussão doutrinária que ocorreu logo após a vigência da Lei 8.971/94, especialmente o inciso III do artigo 2º que estabelecia o direito do companheiro sobrevivente à totalidade da herança, na falta de ascendentes ou descendentes do *de cujus*. Seria então o companheiro sobrevivente, herdeiro necessário, tendo em vista a expressão totalidade da herança?

Alguns autores entendiam que a Lei 8.971/94 tinha atribuído ao companheiro a condição de herdeiro necessário. Prevaleceu, no entanto, a exegese de que o companheiro não poderia ter mais direitos que o cônjuge, sendo assim herdeiro facultativo podendo ser excluído através de testamento. A referência à totalidade da herança, prevista no artigo 2º, inciso III da citada lei, só significava que, inexistindo testamento ou outros herdeiros das classes anteriores, o companheiro receberia a totalidade dos bens deixados pelo extinto, mas não era herdeiro necessário. Assim também firmou-se a jurisprudência<sup>15</sup>.

### **3.3 - O NOVO CÓDIGO CIVIL E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS**

#### **3.3.1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

O novo Código Civil cuida da sucessão dos companheiros no artigo 1790. De início, vale registrar que tal dispositivo encontra-se inteiramente deslocado, situando-se nas disposições gerais, quando o adequado teria sido tratar desse tema no artigo 1.829, em conjunto com os demais herdeiros, por se tratar de sucessão legítima. Isso explica-se pelo fato de que o regramento da união estável não constava do Projeto de Lei 634/75.

O projeto do Código Civil, aprovado em 1984 na Câmara dos Deputados, não trazia em seu bojo artigos que disciplinassem a sucessão entre os companheiros. Com a tramitação no Senado Federal, houve a Emenda nº 358, de autoria do Senador Nélson Carneiro, tendo como objetivo suprir a lacuna, resultando daí o artigo 1.802, após emendas do Senador Josaphat Marinho, com a seguinte dicção aprovada pelo Senado<sup>16</sup>:

Art. 1802 - Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Era um avanço muito grande no direito sucessório dos companheiros, porquanto inexistente, àquela época, as Leis 8.971/94 e 9.278/96.

### 3.3.2 - ANÁLISE DO *CAPUT* DO ARTIGO 1.790 DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Retornando à Câmara dos Deputados (casa iniciadora), da emenda apresentada pelo Senador Nelson Carneiro, no Senado, resultou o artigo 1.790, cuja redação final, entretanto, com texto alterado pelo relator geral, Ricardo Fiúza, na Câmara dos Deputados, foi aprovada com a seguinte redação:

Art. 1.790 - A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (...)

Dessa forma, o Código Civil de 2002 reduziu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à porção da herança que for adquirida onerosamente durante a união estável, excluindo, portanto, a parcela de bens adquiridos antes da convivência, ou mesmo durante a convivência, a título gratuito, pelo companheiro falecido.

O que fez o legislador foi confundir meação com sucessão. Sem dúvida, já estava assente nas leis que regulavam a união estável, na doutrina e na jurisprudência, que o companheiro teria direito à meação dos bens adquiridos, a título oneroso, durante a convivência. Aliás, é isto que estabelece o artigo 1.725 do novo Código Civil quando preceitua que na união estável, salvo contrato escrito entre companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens. É dizer: só se comunicam os bens adquiridos onerosamente durante a convivência.

Todavia, a meação interessa à partilha e não, especificamente, ao direito sucessório. Tal direito tem origem e justificativa diversa da origem e justificativa que orientam a meação. Herdar significa obter o patrimônio deixado por alguém que falece, por transmissão que se opera legalmente ou por força de testamento.

Como se sabe, “alguém pode ser meeiro e herdeiro, como pode ser meeiro sem ser herdeiro, ou herdeiro sem ser meeiro, e estas posições jurídicas têm causa diversa, são diferentes, e se baseiam em motivos e regras distintas”.<sup>17</sup>

A principal crítica ao *caput* do artigo 1.790 encontra-se na total discriminação entre o sobrevivente-cônjuge e o sobrevivente-companheiro.

Sem dúvida, o artigo 1.790 do Código Civil atual representa um grande retrocesso em relação à matéria de sucessão entre companheiros, face à promulgação da Constituição de 1988, da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96, posteriores à Emenda 358. É preciso lembrar que a inclusão da expressão “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” ocorreu na fase final, apenas na Câmara dos Deputados, não atendendo à bicameralidade exigida pela Constituição Federal de 1988, daí decorrendo inconstitucionalidade formal. Mesmo que se considerasse a possibilidade de adequação do texto do projeto às leis já então vigentes, como facultado pela Resolução 01/2000 do Congresso Nacional, a inserção feita na Câmara não correspondia a qualquer norma legal vigente antes do novo Código Civil; o que existia quanto aos bens adquiridos pelo esforço comum durante a convivência era o direito à partilha, direito à meação, como previsto no artigo 5º da Lei 9.278/96, que, evidentemente, não equivale a direito a herança.

### 3.3.3 - CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS*

Passando à análise dos incisos do artigo 1.790 do novo Código Civil, constata-se que o companheiro concorre com os filhos comuns em quinhão igual ao que for atribuído a cada filho, como se encontra no inciso I, nos limites do *caput* do artigo, isto é, somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Nesse ponto se manifesta também o tratamento discriminatório em relação ao companheiro. É que o cônjuge, quando concorre com filhos comuns, tem assegurada, no mínimo, uma quarta parte da herança (artigo 1.832). Assim, havendo, por exemplo, dez filhos comuns, o cônjuge receberá mesmo assim um quarto da herança, sendo os outros três quartos divididos entre os dez filhos. Esse direito de quinhão mínimo, entretanto, não é estendido ao companheiro.

Na concorrência com descendentes só do autor da herança, terá direito o companheiro à metade do quinhão que couber ao filho, de acordo com o inciso II.

A lei não prevê qual seria a participação se o companheiro falecido deixar filhos comuns e, ao mesmo tempo, filhos exclusivamente seus. Qual será aí a participação do companheiro sobrevivente? Sabe-se que os filhos têm direitos iguais na herança de seu ascendente. Como resolver esta situação híbrida?

Algumas propostas já foram aventadas na doutrina no sentido de dar solução a este problema, valendo reproduzir as opções apontadas por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>18</sup>. A primeira solução que apresenta é a identificação dos descendentes como se todos fossem filhos comuns, com a aplicação do inciso I do artigo 1.790 do novo Código Civil. Refuta tal posição por entender que fere a vontade do legislador.

No entanto, encontramos autores favoráveis a esta primeira opção, como o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos que afirma: “Em uma interpretação que entendo deva ser favorável ao companheiro, a solução mais justa aponta no sentido de atribuir a este, quinhão igual ao de cada um dos filhos”.<sup>19</sup> É certo que é mais benéfica para o companheiro, mas é prejudicial aos filhos.

Também Inácio de Carvalho Neto, em recente artigo na *Revista Brasileira de Direito de Família*, ao analisar a concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e não comuns, conclui que, se os incisos I e II do artigo 1.790 são incompatíveis entre si, em vista da necessidade de igualdade dos quinhões de todos os filhos, “parece-nos prevalecer, neste caso, a regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança por todos”<sup>20</sup>.

Da mesma forma de pensar é Sílvio de Salvo Venosa que, ao comentar o artigo 1.790 do novo Código Civil, afirma que “se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira”. Isso porque, segundo o autor, “não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários”<sup>21</sup>.

Outras três soluções são trazidas e refutadas pela professora Hironaka: a) a identificação de todos os descendentes como sendo filhos exclusivos do autor da herança, sendo aplicado então o inciso II do artigo 1.790 - direito do companheiro sobrevivente à metade do quinhão que couber a cada filho; b) estipulação de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, fazendo assim a junção dos incisos I e II; c) ou, finalmente, uma quarta solução se refere à subdivisão proporcional da herança de acordo com o número de filhos comuns e os filhos exclusivos do finado e, em relação a cada uma dessas sub-

divisões, incidiria o direito do companheiro sobrevivente, isto é, na parte relativa aos filhos comuns caberia ao convivente um quinhão igual aos filhos, na conformidade do inciso I do artigo 1.790; e, na parte referente aos filhos exclusivos do *de cujus*, caberia ao companheiro a metade do quinhão de cada filho para atender ao inciso II do artigo 1.790, somando-se as quotas do companheiro obtidas em cada uma destas sub-heranças formando o quinhão a ele cabível.

Como visto, nenhuma das opções apresentadas resolve o impasse. Parece-nos, mais justo, no entanto, uma quinta opção que passaremos a expor. Havendo filhos comuns e também filhos exclusivos do *de cujus*, o companheiro sobrevivente, numa correlação entre os incisos I e II do artigo 1.790, teria direito a um quinhão equivalente ao valor entre meio e um quinhão destinado aos filhos, obtido o valor deste, através de média aritmética ponderada, levando-se em conta o número de filhos comuns e o número de filhos exclusivos do outro (número de filhos comuns multiplicado por peso 1; número de filhos exclusivos do autor da herança multiplicado por peso 1/2; dividindo-se a soma destes dois produtos pelo total de filhos, obtendo-se o quinhão do companheiro). É evidente que, se o número de filhos comuns for o mesmo do número de filhos exclusivos do outro companheiro, o sobrevivente receberá 75% do que couber a cada filho<sup>22</sup>.

Parece-nos que esta é a melhor solução, por ser mais eqüitativa.

### 3.3.4 - CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

Ainda dispõe o artigo 1.790 em seu inciso III que, se o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Quem são estes outros parentes sucessíveis? Conforme o artigo 1.829, os ascendentes e os colaterais do autor da herança, lembrando que, se colaterais só até o quarto grau.

Quando o companheiro concorrer com o pai e a mãe do *de cujus* receberá a terça parte do acervo hereditário, somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Se concorrer apenas com o pai ou com a mãe, ou ainda, com ascendentes mais distantes receberá ainda a terça parte desta herança, ao passo que o cônjuge, em situação idêntica a esta última, receberia a metade da herança total.

Além deste aspecto, o companheiro fica em situação muito pior que o cônjuge, quando não existirem descendentes nem ascenden-

tes, mas apenas colaterais, porque, neste caso, o cônjuge sobrevivente herdaria a totalidade da herança, conforme o artigo 1.838 do novo Código Civil. Enquanto isto, o companheiro terá direito a herdar um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, quando concorrer com colaterais até o quarto grau, o que evidentemente é um grande retrocesso em relação ao que dispunha a Lei 8.971/94, em que, na falta de ascendente ou descendente, o companheiro teria direito à totalidade da herança<sup>23</sup>.

O próprio relator do projeto do Código Civil na Câmara dos Deputados, Ricardo Fiúza, apresentou, em junho de 2002, o Projeto 6.960/02, propondo várias alterações no Código Civil, inclusive, quanto aos direitos sucessórios dos companheiros, com a justificativa de que "O art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor - Leis 8.971/94 e 9.278/96"<sup>24</sup>. Pela proposta, o artigo 1790 do novo Código Civil passará a ter a seguinte redação:

**Art. 1.790.** O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Pela leitura desta proposição do Deputado Fiúza, constata-se uma melhoria na situação do companheiro sobrevivente, nos incisos II e III, inclusive com a previsão de que terá direito à totalidade da herança, na falta de descendentes ou ascendentes, tendo preferência aos colaterais, ficando na mesma situação do cônjuge, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Quanto à concorrência com os descendentes, piorou a condição do companheiro. No en-

tanto, o projeto propõe, no parágrafo único, o direito real de habitação do companheiro sobrevivente quanto ao imóvel e residência da família, o que resolverá as dúvidas hoje levantadas pela doutrina.

### **3.3.5 - HAVERÁ POSSIBILIDADE DE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE CONCORRER COM O CÔNJUGE SEPARADO DE FATO?**

O novo Código Civil, no Livro de Família, admite a união estável de pessoa casada mas separada de fato, na conformidade do artigo 1.723, § 1º e, no artigo 1.790, confere direitos sucessórios ao companheiro. Ocorre que, no artigo 1.830, parte final, admite a sucessão do cônjuge separado de fato, mesmo acima de dois anos de separação, se esta não se deu por culpa do cônjuge sobrevivente, trazendo a discussão de culpa para dentro do direito sucessório. Com isso, houve um retrocesso uma vez que, atualmente, até mesmo dentro do Direito de Família, tem sido afastada a discussão de culpa.

Suponhamos uma união estável existente há 15 anos, tendo sido adquiridos vários bens durante a convivência; se falecer um dos parceiros, que era casado, mas separado apenas de fato há 20 anos, não deixando descendentes nem ascendentes, nem parentes sucessíveis, o cônjuge herdará? Ou o companheiro? Qual a solução jurídica?

Conforme salienta Luiz Felipe Brasil Santos, o artigo 1.830, ao assegurar o direito sucessório ao cônjuge mesmo se já separado de fato, desde que por tempo inferior a dois anos (ou mais, se provado que a ruptura deu-se sem culpa do sobrevivente), cria regra de difícil harmonização com o direito sucessório do companheiro que simultaneamente venha a concorrer com cônjuge nestas condições.<sup>25</sup>

No caso mencionado, poderá haver direito do cônjuge sobrevivente, se este provar que não teve culpa na separação, o que demanda tempo e não pode ser discutido nos autos do inventário, por ser questão de alta indagação. Fica assim em prejuízo o companheiro, que também pela lei tem direito, mas só poderá definir sua situação ao fim, talvez, de muitos anos de litígio.

Como acrescenta o desembargador gaúcho, “em nenhum momento o Código regra como se dará, neste caso, a divisão dos bens entre o cônjuge (ex) e o companheiro, o que, sem dúvida, vai constituir hercúlea tarefa de construção jurisprudencial”<sup>26</sup>.

Salienta Sílvio de Salvo Venosa que “não há que se divisar que o sistema admita recebimento de herança do morto concomitantemente para o cônjuge e para o companheiro”<sup>27</sup>. No entanto, José Luiz Gavião de Almeida afirma que:

“se concorrerem apenas o cônjuge e o companheiro, este deve recolher apenas um terço dos bens conseguidos durante a sociedade familiar da qual participou. Embora a lei fale nesse direito apenas na concorrência com outros parentes sucessíveis e embora o cônjuge não seja parente, melhor é essa solução. Se na concorrência com quem recebe em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, essa é a solução legal, outra não poderia ser a solução se a concorrência se dá com quem recolhe a herança por estar na terceira posição.”<sup>28</sup>

Entendemos, no entanto, que brevemente casos como este aparecerão no Judiciário exigindo uma solução. Já havia, anteriormente à vigência do novo Código Civil, este problema da concorrência na sucessão entre o companheiro e o cônjuge, nos casos de separados de fato que constituíssem união estável com outra pessoa, tendo em vista o disposto no artigo 2º da Lei 8.971/96. Mas, anteriormente, o cônjuge sobrevivente, pela lei (artigo, 1.611 do Código Civil de 1916), só perderia o direito a suceder se separado judicialmente.

Como antes salientado, a doutrina se inclinava no sentido de que o direito sucessório caberia ao cônjuge, valendo destacar, no entanto, a posição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama de que “o companheiro e o cônjuge sobrevivente herdem conjuntamente a herança deixada pelo falecido”.<sup>29</sup>

### 3.3.6 - SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO QUANDO INEXISTENTES OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

Caso não haja nenhum parente sucessível, dispõe o inciso IV do artigo 1.790 que o companheiro herdará a totalidade da herança. Mas qual o alcance da expressão totalidade da herança? É importante frisar que o *caput* do artigo 1.790 refere-se, apenas, aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. E se houver outros bens do *de cuius*, aí não incluídos? Mesmo assim o companheiro herdará? Já surgiram interpretações divergentes para este dispositivo.

À primeira vista, deve-se interpretar o inciso de acordo com o *caput*, isto é, o companheiro teria direito à totalidade da herança de acordo com o *caput* do artigo 1790, isto é, apenas de todos os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, constituindo os demais bens, herança jacente. Neste sentido, Zeno Veloso afirma que: a

totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do *caput* do artigo 1790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos na vigência da união estável. Se o *de cujus* possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situado no Território Federal (art. 1.844).<sup>30</sup>

Em entendimento contrário, Luiz Felipe Brasil Santos afirma que: a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer, acima de tudo, justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.<sup>31</sup>

Além disso, ante a incongruência entre o *caput* e o inciso IV do artigo 1.790, pode-se recorrer a uma interpretação sistemática confrontando este dispositivo com o previsto no artigo 1.844 do mesmo Código que regula a ocorrência de herança jacente, ao preceituar que “não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”. A contrário senso, só haverá herança jacente se não existente alguém mencionado no artigo, inclusive o companheiro, como expressamente ali se encontra. Então, havendo companheiro sobrevivente, não poderá haver herança jacente.

Considerando ainda a proteção constitucional à família insculpida no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, inclusive à união estável, pode-se entender que o inciso IV do artigo 1.790 alcance todos os bens do *de cujus*, não só os adquiridos onerosamente durante a convivência, preferindo-se o companheiro ao município. Além disso, há de se considerar que a limitação da herança do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável,

prevista no *caput* do 1.790, padece de inconstitucionalidade formal, dado que não obedeceu ao princípio da bicameralidade como explicitado anteriormente.

### 3.3.7 - É O COMPANHEIRO HERDEIRO NECESSÁRIO? TERÁ DIREITO REAL DE HABITAÇÃO?

Com o novo Código, o cônjuge sobrevivente passa a desfrutar da condição de herdeiro necessário, conforme preceitua o artigo 1.845, tendo, ainda, o direito real de habitação quanto ao imóvel destinado à residência da família, qualquer que seja o regime de bens, como estabelecido no artigo 1.831, o que não foi atribuído ao companheiro. Assim, não havendo outros herdeiros necessários, o *de cujus* poderá testar a integralidade de seu patrimônio a outrem, deixando o companheiro ao desamparo, ressalvada a possível meação, quando for o caso. Será que poderia a lei desigualar o tratamento dado ao companheiro em relação ao cônjuge? Alguns acreditam que sim, por entenderem que a Constituição não igualou a união estável ao casamento, ao estabelecer que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, o que significaria ter considerado o casamento em uma posição de supremacia. No entanto, é um ponto de controvérsia a ser dirimida pelo Judiciário.

Quanto ao direito real de habitação, em analogia com a situação garantida ao cônjuge, informa a doutrina a possibilidade de se entender que o artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 não fora revogado pelo novo Código Civil, persistindo assim o direito real de habitação do companheiro<sup>32</sup>. Para Sílvio de Salvo Venosa, “é perfeitamente defensável a manutenção deste direito no sistema do Código de 2002”<sup>33</sup>. Esse é outro ponto polêmico a ser enfrentado pelo Judiciário.

## 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sucessórios dos companheiros, reconhecidos a partir da Lei 8.971/94 e 9.278/96, sofreram retrocesso com o novo Código Civil que limitou a incidência do direito à herança do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, dispositivo esse de duvidosa constitucionalidade, tendo em vista não atender ao princípio da bicameralidade. Além disso, colocou o companheiro em situação bastante inferior ao cônjuge quanto à sucessão.

O novo Código melhorou a posição do cônjuge-supérstite naquilo que respeita à sucessão, ampliando seus direitos. Era de se es-

perar que o companheiro-sobrevivente mantivesse sua condição respeitada, já reconhecida nas leis anteriores. Afinal, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, no dizer do artigo 226 da Constituição Federal, e a união estável é reconhecida como entidade familiar.

<sup>1</sup>PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 89-90.

<sup>2</sup>VIANA, Marco Aurélio S. *Da união estável*. São Paulo: Sarai-va, 1999. p. 11-12.

<sup>3</sup>CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 111.

<sup>4</sup>A partir daí, denominam-se companheiros ou conviventes os integrantes de uma união estável, reservando-se a palavra concubinos para os que participam do concubinato impuro.

<sup>5</sup>Concubina, no dizer da jurisprudência, é a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima (...) A companheira, por seu turno, é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem. (Resp 196/RS – Recurso Especial – Ministro Sálvio de Figueiredo – STJ).

<sup>6</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 516.

<sup>7</sup>União estável – Sucessão – Lei vigente. Antes da edição da Lei 8.971/94, o colateral do “de cuius” recebia a herança, à falta de descendente, ascendente ou cônjuge sobrevivente (art. 1.603 do CC) (Resp 153028/RS – Recurso Especial (1997/0076320-0) – Ministro Relator: Ruy Rosado de Aguiar - DJ data: 16/03/1998 - Pg: 00166 – Data da decisão: 02/12/1997 – Órgão Julgador: T4 Quarta Turma – STJ). No mesmo sentido: Resp 79511/GO. Em sentido contrário: Sucessões - União Estável - Ausência de herdeiros necessários. Consolidação da sucessão no parceiro sobrevivente. Embora a união tenha

se desfeito antes da Lei 8.971/94, pelo óbito de um dos conviventes, não havendo herdeiros necessários, a sucessão se consolida no parceiro sobrevivente, pois a legislação sobre a relação estável apenas regulamentou o que a Constituição já prescrevia. Agravo improvido, por maioria. (Agravo de Instrumento nº 70000074146, sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 29/09/99).

<sup>8</sup> O novo Código Civil também trata da matéria, em seu artigo 1.787, prevendo que a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão regula a legitimação para suceder, prevendo ainda nas disposições transitórias, em seu art. 2.041, que as disposições do Código relativas a ordem de vocação hereditária não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência.

<sup>9</sup> Legado – Concubina. A vedação do artigo 1.719, III do Código Civil não abrange a companheira de homem casado, mas separado de fato. E como tal se considera a mulher que com ele mantém união estável, convivendo como se casados fossem. (Resp 73234/RJ – Recurso Especial (1995/0043757-0) – Ministro Relator Eduardo Ribeiro – DJ data 06/05/1996 – Data da decisão: 15/12/1995 – Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma do STJ). No mesmo sentido: REsp n. 192.976-0 – RJ. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Quarta Turma. Unânime. DJ 20.11.2000

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável: comentários às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 direitos e ações dos companheiros*. São Paulo: Paloma, 1999. p. 70.

<sup>11</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. op. cit. p. 148.

<sup>12</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. op. cit. p. 145-147.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Euclides de. op. cit. p. 64.

<sup>14</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 385.

<sup>15</sup> CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o di-

reito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira. (RESP 191393 / SP; Recurso Especial 1998/0075312-5 – Ministro Relator WALDEMAR ZVEITER - DJ DATA: 29/10/2001 - PG: 00201 - RDR VOL.: 00022 PG:00249 – Data da decisão: 20/08/2001 – Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma)

<sup>16</sup> Para a elaboração desta parte, valemo-nos principalmente do excelente trabalho de ZENO VELOSO – jurista brasileiro contemporâneo, da Universidade Federal do Pará – trabalho esse denominado *Do direito sucessório dos companheiros*, p. 225-237, que, entre outros, compõe a obra coletiva denominada *Direito de Família e o novo Código Civil*, lançado pela Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 262.

<sup>17</sup> VELOSO, Zeno. “Do direito sucessório dos companheiros”. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 232.

<sup>18</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito das Sucessões – Da Sucessão em geral: da Sucessão Legítima*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61.

<sup>19</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. Migalhas*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=1047](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1047)>. Acesso em: 8 fev. 2003.

<sup>20</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. “A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 15, p. 35, 2002.

<sup>21</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direito das Sucessões*. v. 7. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 121.

<sup>22</sup> Entretanto, se isto não ocorrer, o quinhão será calculado conforme o exemplo que segue, considerando como herança: R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais); filhos comuns = 3; Filhos exclusivos do finado = 2 e cuja solução seria:

O convivente teria o seguinte valor: . Sendo cinco filhos herdeiros, cada um receberia um quinhão e o convivente quatro quintos, logo,  $5 \times 1 + 4/5 = 29/5$ . A herança líquida de R\$ 130.000,00 seria dividida por  $29/5$  resultando R\$ 22.413,79 (valor que caberá a

cada filho). E 4/5 de R\$ 22.413,79 corresponde a R\$ 17.931,03 (dezesete mil e novecentos e trinta e um reais e três centavos), valor que caberia ao companheiro sobrevivente.

Com efeito, procedendo à verificação:  $5 \times R\$ 22.413,79 + R\$ 17.931,03 = R\$ 129.999,98$

<sup>23</sup> UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONVIVENTE FALECIDO - DIREITO SUCESSÓRIO - DESCENDENTES OU ASCENDENTES - INEXISTÊNCIA - COMPANHEIRO SOBREVIVENTE - TOTALIDADE DA HERANÇA - LEI VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO - APLICAÇÃO - Sendo a capacidade para suceder a do tempo da abertura da sucessão, nos moldes preconizados pela lei em vigor, consoante estabelece o art. 1.577 do CC, óbvio concluir, então, que a Lei nº 8.971/94 é aplicável na sucessão de convivente que teve a união familiar iniciada antes de sua vigência, vez que a Lei Superveniente nº 9.278/96, destinada a regular o § 3º do art. 226 da CF, disciplinando a união estável, dando a ela status de entidade familiar em decorrência da convivência duradoura, pública e contínua de homem e mulher com objetivo de constituição de família, não alterou aquele diploma legal na parte referente aos direitos sucessórios. Tratando-se de união estável reconhecida como entidade familiar, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança quando o falecido não deixar descendentes ou ascendentes. O fato de os bens serem, ou não, adquiridos pelo esforço comum, na constância da convivência, só tem relevo quando se tratar de dissolução de sociedade de fato ou de entidade familiar para fins de partilha, mas não no direito sucessório, cuja ordem de vocação hereditária é aquela ditada pela lei que estiver em vigor à época do óbito, a teor do contido no art. 1.577 do CC. (TJMG - AC 130.322-1 - 4ª C.Cív. - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - J. 04.02.1999/02.04.1999) (JM 147/189)

<sup>24</sup> Projeto de Lei 6.960/2002 disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/50233.htm>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2003.

<sup>25</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. Migalhas*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=1047](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1047)>. Acesso em: 8 fev. 2003.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. v. 7. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 122.

<sup>28</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 73.

<sup>29</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 385.

<sup>30</sup> VELOSO, Zeno. "Regimes matrimoniais de bens" In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 233-234.

<sup>31</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil*. Migalhas. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=1047](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1047)>. Acesso em: 8 fev. 2003.

<sup>32</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit. p. 56.

<sup>33</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Os direitos sucessórios na união estável*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>. Acesso em: 8 fev. 2003.

## A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**José Sérgio Monte Alegre, Professor de Direito Administrativo na UNIT e ex-professor da UFS/SE; Presidente do Instituto Sergipano de Direito Administrativo e Vice-Presidente do Instituto Sergipano de Estudos da Constituição; atual Procurador-Geral do Ministério Público Especial Junto ao TCE/SE.**

1. Desde que deu testemunho de que se houvera firmado no Brasil *a tendência doutrinária e jurisprudencial* de situar o problema da responsabilidade civil do Estado no campo do **direito público**, para além e acima da noção civilista de culpa - em caso de motim revolucionário com depredação do prédio do jornal *À Tarde*, na noite de 4 de outubro de 1930 ( **RE n.8.572**, Primeira Turma, Rel. Min. Aníbal Freire, de 3/1/46 ), nada obstante guardado por policiais que no entanto se mantiveram inertes diante dos amotinados - **o Supremo Tribunal Federal**, em expressiva maioria de decisões, tem revelado acentuada inclinação para definir que essa responsabilidade, pertinente à atividade administrativa, **é consequência lógica inevitável da noção do Estado de Direito** ( **RE 176.564-0-SP**, Segunda Turma, Rel. o Min. Marco Aurélio, no DJU de 1999, citando Celso Antônio Bandeira de Mello ) e **sua natureza é :**

1.1) **objetiva** quando se trata de ações positivas, e que se aperfeiçoa com a concorrência dos requisitos do dano, da ação administrativa e do nexo de causa e efeito entre uma e outro ( **RE n. 113.587**, Rel. o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, na RDA 190/194-195, e na RTJ 140/637, e **RE 179.147-SP**, Segunda Turma, Rel. o Min. Carlos Velloso, na RTJ 179/791-792 ), ou então pressupõe nexo de causalidade entre o fato e o serviço que lhe seja próprio e a ausência de dolo ou mesmo culpa por parte da vítima ( **RE n. 176.564-0-SP-Segunda Turma**, Rel. o Min. Marco Aurélio, RTDP 25/213 ), ou, enfim, com a conjugação **a)** da alteridade do dano, **b)** da causalidade material entre o *eventus danmni* e o comportamento positivo do agente público, **c)** da oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nesta condição funcional, incidido em conduta comissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional, e **d)** e da ausência de causa excludente da responsabilidade estatal ( **RE n. 109.615-2**, Primeira Turma, Rel. o Min. Celso de Mello, no DJU de 02.08.96 ); e

1.2) **subjetiva**, articulada em derredor da idéia da culpa **não** individualizada no agente e sim **anônima** do serviço, em suas vertentes da imprudência, da imperícia e da negligência, isso nos casos de omissões, ou insuficiências do serviço, inclusive de polícia administrativa, constatado o nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano, e desde que esta tenha sido cumpridamente demonstrada pela vítima, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses( **Ag. Reg. no RE** n. 190.772, no DJU de 29.05.98; e no **RE** n. 130.764-PR, na RTJ 143/270, e **RE** n. 172.025-RJ, no DJU de 19.12.96; **RE** 179.147-SP, Segunda Turma, Rel. o Min. Carlos Velloso, na RTJ 179/791-792; **RE** n. 258.726-5-AL, Primeira Turma, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, na RTJ 179/221; **RE** 237.561-0-RGS, Primeira Turma, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence; e **RE** n.140.270-9/MG, Rel. o Min. Marco Aurélio, o DJU e 18/10/1996 ) *además de* pressuposta a ausência de culpa ou dolo da vítima, como no caso de homicídio praticado por preso em regime semi-aberto, que há meses deixara de responder à conferência ( **RE** n. 14. 118, com citação dos precedentes **RREE** 130.764 e 172.025).

2. Isso nada obstante, em algumas ocasiões, sugerindo que o tema ainda não se acha definitivamente equacionado, no âmbito do Pretório Excelso, que a tal respeito pode muito bem estar ainda influenciado pelo entendimento do antigo Tribunal Federal de Recursos ( “ A Constituição, art. 107, adota o princípio da responsabilidade **objetiva**, com base na teoria do risco administrativo ou da **falta do serviço**, que admite o abrandamento ou exclusão, conforme o grau de culpa da vítima “ - Rel. o Min. Carlos Mário Velloso, na **Apelação Cível** n. 33.552, na RDA 137/233, sem o negrito no original), registram-se decisões que perfilham tese mais avançada, a traduzir-se na **inserção** da conduta **omissiva**, ou **culpa objetiva**, na **responsabilidade objetiva**, dependente pois de prova unicamente da relação de causa e efeito entre a omissão e o dano, além da ausência de excludentes em favor do Poder Público, assim como demonstram as seguintes transcrições :

2.1. “ ...Responde o Estado por dano decorrente de diligência policial em que o servidor policial militar haja atuado com negligência, vindo a ser baleado por agente que deveria estar sob vigilância de colega de serviço...” ( **RE** 176.564-0-SP-Segunda Turma, em 14.12.98, na RTDP 25/213 ).

2.2. “ A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional nº1/69 e, atualmente, no §6º do artigo 37 da Carta Magna ), não dispensa,

obviamente, o requisito, também **objetivo**, do nexo de causalidade entre a ação ou a **omissão** atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros..." ( sem o negrito no original, RE 130.764-PR, na RTJ 143/270 ).

2.3. " A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou **omissão**. Essa concepção teórica que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência do ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-lo pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, **independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público**.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade objetiva do Poder Público compreendem a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o evento damni e o comportamento positivo ( ação ) ou negativo ( **omissão** ) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, **independente da licitude , ou não, do comportamento funcional ( RE n.109.615-2, Rel. o Min. Celso e Mello, no DJU de 2/8/1996; na RTJ 140/636 e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade funcional estatal ( RTJ 55/503; RTJ 71/99; RTJ 991/3777; RTJ 99/1155; RTJ 131/417 )."**

2.4. " ...No caso presente, restou plenamente evidenciado que o Tribunal **a quo** proferiu decisão que interpretou, **com absoluta fidelidade**, a norma constitucional que consagra, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. O acórdão impugnado nesta sede recurso extraordinária, ao fazer aplicação do preceito constitucional em referência, reconheceu, **com inteiro acerto**, no caso em exame, a **cumulativa ocorrência** dos requisitos concernentes ( 1 ) à consumação do dano, ( 2 ) à omissão administrativa, ( 3 ) ao vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal e ( 4 ) à ausência de qualquer causa excludente de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Município. " (RE n. 109.615-2-RJ, Serviço de Jurisprudência do STF, págs. 95/96, Primeira Turma, Rel. o Min. Celso de Melo, no DJU de 02.0.96 ).

2.5. " Não ofende o §6º do art. 37 da CF ( ... ) acórdão que reconhece o direito de indenização à mãe de preso assassinado dentro da própria cela por outro detento. Com base nesse entendimento

e afirmando a responsabilidade objetiva do Estado ante a omissão do serviço de vigilância dos presos, a Turma não conheceu do recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo, afastando a alegação de que o dano não teria sido causado por agente estatal. ( **RE** 170.014, Rel. o Min. Ilmar Galvão, no Informativo STF 90/97, citando o precedente do **RE** 109.615, no DJU de 2/8/96 ).”

2.6. “ Correto o parecer da Procuradoria-Geral da República, ao acentuar que a **responsabilidade objetiva** do Estado só cobre o risco administrativo da atuação ou **inação** de servidor público, ou que, segundo o acórdão recorrido, não ocorreu no caso, pois Hamilton Bocchi não era funcionário do Cartório...” ( sem o negrito no original, **Ag. de Instr.** n. 128.968-6/PR, Rel. o Min. Moreira Alves, no DJU de 28/4/97).

2.7. “ Responsabilidade do Estado. Animais em vias públicas. Colisão. A responsabilidade do Estado ( gênero ), prevista no §6º do art. 37 da Constituição Federal é objetiva. \o dolo e a culpa nele previstos dizem respeito à ação de regresso. Responde o Município pelos danos causados a terceiros em virtude da insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada, de vias urbanas, de animais”. ( **RE** 180.602-8-SP, Segunda Turma, Rel. o Min. Marco Aurélio, no BDM de agosto de 1999/119 ).

2.8. “ *Responsabilidade do Estado. Interpretação do art. 194 da C.F. de 1946. Não aplicação do princípio constitucional da responsabilidade do Estado. Cabimento do Recurso Extraordinário. Culpa da Administração. Inércia. Não cumprimento de obrigações incluídas entre os deveres da Administração. Faute de service. Interpretação do preceito constitucional.* “ ( **RE** n. 61.387/SP, Rel. para o acórdão o Min. Themistocles Cavalcanti, na RTJ 47/37-384 ).

3. Nessa responsabilidade objetiva, fundada no art. 37, §6º, que tem como **fundamento** a teoria do risco administrativo naqueles casos em que uma ação ou **omissão** do Poder Público cause dano a terceiro ( **RE** n. 109.615-2, Rel. o Min. Celso de Mello, no DJU de 2/8/1996 ), admite-se a pesquisa de **causas liberatórias ou atenuadoras** da responsabilidade das pessoas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos, tais como a incomprovação da relação de causa e efeito entre a alegada omissão do serviço público e o dano a terceiro, culpa exclusiva ou concorrente da vítima, **assim como a do caso fortuito, ou a força maior - inundação provocada pela elevação das águas de rio - e, ainda, a** legítima defesa, por configurar exercício regular de um direito ( **RE** 179.147-SP, Segunda Turma, Rel. o Min. Carlos Velloso, na RTJ 179/792; **RE** n. 109.615-2-RJ, Primeira Turma, Rel. o Min. Celso de Melo, no DJU de

02.08.96; ( **RE** n. 81.751, na RDA 128/554; **RE** 109.615-2, no DJU de 2/8/96, e **RE** 74.554-PR, na RTJ 71/79 ), posto que assentado o inacolhimento entre nós da teoria do risco integral ( **RE** n. 116.658, na RDA 179/180-193; **RE** n. 78.569-PR, na RTJ 99/1155; **RE** n. 74.554-PR, na RTJ 71/99). Neste ponto, cumpre averbar que nada interessa a licitude da ação administrativa como excludente da responsabilidade objetiva, pois o que importa é a ocorrência de dano em razão de comportamento estatal regular ou irregular, desenvolvido no interesse da coletividade, como ocorre na construção de viaduto ( **RE** n. 113.875, na RDA 190/194-195 ). O que significa dizer que foi superado o entendimento anteriormente firmado pelo STF de que não bastava a simples ausência da culpa, mas era, sim, necessária a ocorrência de motivo de força maior a ser cumpridamente provada pela Administração, em inversão do ônus da prova ( Arnold Wad,, na RDA 124/305 ). **Não tendo importância a lisura da ação**, o que confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que seus agentes houverem dado causa é a **teoria do risco administrativo**, que faz disseminar entre os membros da coletividade a justa distribuição dos ônus e encargos sociais, pois que não seria justo e nem jurídico que uma atividade desenvolvida em proveito do interesse geral recaísse unicamente sobre a esfera jurídica de algum ou alguns dos membros da sociedade ( **RE** n. 109.194, de 26/05/96, no DJU de 02/08/96, e **RE** n. 11.875, de 18/02/1992, na RDA 190/194-195 ). E se à responsabilidade objetiva é **irrelevante** a licitude ou ilicitude, o dano há de apresentar-se com características de **anormalidade e especialidade**: anormal no sentido de exceder os incômodos ordinários da vida compartilhada; e especial, por recair em alguns membros da coletividade, ainda que os de um bairro inteiro ( **RE** n. 113.75, na RDA 190/196-197 ). Registre-se, por igual, que, descaracterizada a força maior, responde o Município por culpa no caso de prejuízos causados por inundações ( **Ag. de Instr.** n. 58.561, Rel. o Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, na RDA 122/169; e **Ag. de Instr.** n. 196.8777-1/RJ, Rel. o Min. Ilmar Galvão, no DJU de 28/497)

4. *Quanto a quem seja agente público, não se tem como tal apenas o agente administrativo, não se aplicando a propósito a restrição da exigência estatutária do pagamento pelos cofres públicos, no que o Excelso Pretório manteve-se na trilha já alargada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, para o qual o " Estado responde pelos atos de quaisquer agentes públicos e não somente pelos de funcionários públicos ", isso em caso em que isentou de responsabilização regressiva cadete da Aeronáutica que, em vôo de treinamento, causou acidente com avião comercial, em virtude de insuficiência de*

orientação no aprendizado ( *Ap. Civ.* 46.671, Rel. o Min. Carlos Madeira, em 13 de junho de 1980, Quarta Turma, unânime ); nem se vai ao limite de exigir que tenha agido no exercício das suas atribuições, durante o serviço, sendo suficiente que o tenha feito nesta qualidade ( RE 160.401/SP, Rel. o Min. Carlos Velloso, no DJU de 0/06/1999 ; RE 160.401-SP, no DJU de 4/6/99). Nesta qualidade, a de agente público, estão, por exemplo, os agentes notariais, cujos cargos são criados por lei, providos mediante concurso público e os seus atos sujeitos à fiscalização estatal, ademais de dotados de fé pública, prerrogativa esta inerente à idéia de poder delegado pelo Estado ( RE 212.724-8/MG, Rel. o Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, no DJU de 6/1999 ; RE 187.753-7-PR, Rel. o Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, no DJU de 13/8/99; *Ag. de Instr.* n. 194. 136-1/PR, Rel. o Min. Carlos Velloso, , no DJU de 30/9/97; RE 75.280-GB, Rel. o Min. Thompson Flores, na RDP 27/144 ). Também tem sido assim considerado o Governador de Estado ( *Ag. Reg. em Ag. de Instr.* n. 167.659-1, no DJU de 14/11/1996 ); o policial de folga que, admitido em um posto policial, disparou acidentalmente arma da corporação enquanto a limpava, causando a morte de outrem ( ( *Ag. de Instr.* 194.951-1, no DJU de 16/6/97 ); o depositário nomeado ad hoc ( RE N.8.545, na RDA 13/123 ). Contudo, não se tem tolerado a responsabilidade estatal por ato opinativo de membro do Ministério Público, posto que não vincula o Judiciário ao seu acatamento, cuidando da matéria o art. 5 do CPC, que afirma em casos dessa compostura a responsabilidade pessoal desse agente público, por dolo ou fraude ( *Ag. de Instr.* n. 102.251, na Revista Forense 294/189).

5. E terceiro, no art. 37, §6º, quem se entende como tal? Aquele que suportou o dano ou, no caso de morte, os que viviam sob a sua dependência. Terceiro pode ser inclusive o servidor público a quem outro servidor cause dano. Excluída, pois, a idéia de que o vocábulo terceiro se refira necessariamente a particular, pessoa que não mantenha vínculo com a Administração Pública ( RE n. 176.564-0/SP, Segunda Turma, Rel. o Min. Marco Aurélio, em 14/12/1998, na RTDP 25/213 1 217 , citando o RE 140.270 ). Todavia, em causa ainda pendente de julgamento, ônibus de empresa concessionária de serviço público de transporte coletivo de passageiros colidiu com veículo automotor dirigido por particular, causando-lhe dano. Quem seria ( m ) o ( s ) terceiro ( s )? Os transportados, somente estes? Os transportados e quem dirigia o carro particular? Ou apenas este último? Esta questão ainda hoje pende de decisão ( *Ag. Reg. no AgInstr.* n. 209.782-5/SP, apensado ao RE n. 262.651 ).

6. E a expressão **serviço público**, qual o alcance que se deve emprestar à cláusula constitucional? Trata-se de questão delicada.

Isso, porque a Constituição Federal irroga ao Estado não só a prestação de serviços públicos ( art. 175 ), mas também o exercício da polícia administrativa ( art. 145 II ), a realização de obras públicas ( art. 145, III), a exploração direta de atividade econômica ( art. 173 ), de parilha com a atividade de fomento ( arts. 174, §2º;215;217;218 ). Apegar-se à literalidade do art.37, §6º, significa reservar a garantia da reparação unicamente aos agravos decorrentes de uma dessas atividades - o serviço público. Entretanto, não tem sido esta a tendência do STF. Assim é que o Excelso Pretório já condenou Município a reparar danos provocados em razão da permanência de animais em via de circulação, por insuficiência do serviço de fiscalização, configurado como **polícia administrativa**, tomada como compreendida na expressão **serviço público**, ao qual imputou falha ( **RE n.180.602-8/SP**, em 15/12/1998, no BDM de agosto de 1999, p. 463 ). Identicamente aconteceu com a responsabilidade objetiva resultantes de **obra pública** ( **RE n.85. 079**, na RDA 136/161; **RE. 19. 452**, na RF n. 147/105; **RE n.. 113.875**, na RDA 190/194 ) e até a responsabilidade pelo transporte de empregados da Casa da Moeda por empresa privada ( **Ag. Reg. n. 203.387-RJ**, Rel. o Min. Moreira Alves, no Informativo STF 90/97 ), com o que esboça a Corte um amplo espectro da noção de serviço público, para o fim da responsabilidade objetiva. Mas, e no tocante à segurança pública que a Constituição diz ser dever do Estado ( art. 144 )? Isso significa que o Estado pode ser responsabilizado pela ocorrência de qualquer crime? A esta questão, o STF respondeu negativamente. É do acórdão o seguinte excerto: “ Pelo fato de a segurança pública ser dever do Estado , isso não quer dizer que a ocorrência de qualquer crime acarrete a responsabilidade objetiva dele, máxime quando a realização deste é propiciada, como no caso entendeu o acórdão recorrido, pela ocorrência de culpa do estabelecimento bancário, o que consequentemente ensejou a responsabilidade deste com base no art. 159 do Código Civil “ ( **Ag. Reg. no Ag. de Instr. ou de Petição**, Primeira Turma, Rel. o Min. Moreira Alves, em 19/10/1999, no DJU de 12/11/1999 ).

7. Indo mais além, o STF, desde muito tempo, tem estendido a responsabilidade civil do Poder Público a casos **de atos praticados com base em leis declaradas inconstitucionais ou pelo exercício inconstitucional da função de legislar** ( **RE 21.504/PE**, Rel. o Min. Cândido Motta, Primeira Turma, no DJU de 30/00/57; **RE n.158.962**, Rel. o Min. Celso de Mello, na RDA n. 191;**RE n.153.464**, Rel. o Min. Celso de Mello, na RDA 189;**RE n. 169.71**, Rel. o Min. Celso de Melo, na RDA 194 ). Entretanto, **já não se dá o mesmo com o ato judicial**. Quanto a estes, o STF firmou-se no entendimento de que a respon-

sabilidade objetiva do Estado não se lhe aplica, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porque a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Chegou-se mesmo a afirmar:” No direito brasileiro, a tese é a da irresponsabilidade do Estado pelos atos do Poder Judiciário “( RE n. 70.121/MG, Pleno, na RTJ 64/689; RE 219.117/PR, Rel. o Min. Ilmar Galvão, em 3/8/99, citando os precedentes RE 32.519/RS, na RTJ 39/190 ; e o RE 69. 568/SP, na RTJ 56/273; RE n. 111.609, Rel. o Min. Moreira Alves, na RDA 193; e no RE n. 70.121, Rel. O Min. Djaci Falcão, na RDA 114; RE 32.518,na RTJ 39/1; RE. 219.117, no BDA de novembro/2000 ; RE 35.500, Rel. o Min Vilas-Boas, na RDA 59/335; ERE n. 69.568/SP, Pleno, na RTJ 59/782 ). Isso nada obstante, essa firme orientação restou excepcionada em caso em que por atos supostamente ofensivos praticados por autoridade judiciária no exercício de suas funções, o STF deu pela ilegitimidade passiva do magistrado demandado juntamente com o Estado, para afirmar que somente este é que deveria ser levado a juízo. Na espécie, cuidou-se de reparação por danos morais ajuizada por prefeito contra juiz, com base em termos usados em decisão prolatada em ação popular e em discurso proferido publicamente. ( RE 228. 977/SP, Rel. o Min. Néri da Silveira, no Informativo STF 289/2002 ).

8. Consumado o dano por quem esteja fazendo as vezes do Poder Público, a **vítima** tanto pode agir **diretamente** contra quem o causou - empreiteiro de obra pública , por exemplo - quanto contra o Poder Público, ou contra ambos, em regime de litisconsórcio facultativo ( RE n. 99.214/RJ na RTJ 106/1182-1186; RE 85.079, na RDA 136/161;RE n. 106.483 e RE n. 90.071/SC, na RTJ 96/237; e RE 80.73/SP, na RTJ 75/927 ). Para aceitar-se que o terceiro agravado possa acionar diretamente o agente tem-se em conta a finalidade do dispositivo, que é protetiva da vítima, favorecendo-lhe a composição da dívida com um patrimônio sempre solvente, sem prejuízo de que esta possa preferir arcar com o ônus da demonstração da culpa em troca da vantagem de livrar-se dos incômodos da execução contra a Fazenda Pública ( RE n. 99.214, na RTJ 106/1182-1186 ).

9. **Acionada** a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado prestadora de serviço público, **não** se aplica a **obrigatória** denunciação da lide prevista no art. 70, III, do CPC ( RE 93.880/RJ, na RTJ 100/1355; RE 95.091/RJ, na RTJ 106/1054; RE 80.873/SP, na RTJ 75/927; e na RTJ 100/1352 ).

10. *Quanto ao **dies a quo de incidência do prazo prescricional** para a ação regressiva, a pesquisa nada encontrou no STF. Contrariamente, no Superior Tribunal de Justiça, em sessão plenária, ficou assentado que este*

*prazo começa a fluir do concreto e efetivo pagamento pelo Estado do valor a que foi condenado não bastando a sentença condenatória ainda que trãnsita em julgado. ( REsp n. 318.391-DF, pág.198 ),*

11. E quanto ao **cabimento** da responsabilidade objetiva do Estado por **ato nulo**, assim reconhecido pela própria Administração no exercício da autotutela, o STF rechaçou para o caso concreto “ ... a simplória aplicação do princípio de que os atos nulos não produzem efeitos jurídicos ou de que do ato nulo não pode resultar direito para os que foram por ele indevidamente beneficiados “ , com o que, afastou a ortodoxia da Súmula 473, precedentes do Superior Tribunal de Justiça e doutrina de Hely Lopes Meirelles, todos no sentido de que “ o ato nulo não pode gerar direito subjetivo para os seus beneficiários “, e, assim, **reformou** o acórdão recorrido, e a sentença por ele confirmada, que houvera dado pela improcedência da ação, **condenando subseqüentemente** o recorrido à reparação de danos morais e materiais a serem apurados em liquidação por arbitramento e artigos. (RE 330.834/MA, Rel.o Min. Ilmar Galvão, no Informativo de 25/09/02 ). A questão envolvia a nomeação sem concurso para o cargo de Capitão do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Maranhão de que exercia o mesmo posto no Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, em que já contava com dezesseis anos de serviço e do qual, com a anulação, houvera sido privado e, à míngua de soldo, do seu sustento pessoal e familiar.

12. Pertinentemente à Deputados, Senadores e Vereadores, em obséquio à imunidade material de uns e de outros, o STF os têm imunizado contra a responsabilidade civil por atos praticados no exercício de suas funções, embora com a ressalva expressa da necessidade de “ ... analisar-se caso a caso as circunstâncias dos atos questionados para verificar a relação de pertinência com a atividade parlamentar.” ( RE 210.907/RL. Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, no Informativo 118/98 e RE 220.687/MG, Rel. o Min. Carlos Velloso, no Informativo 145/99).

13. Enfim, admite-se hoje o que se negara no passado: a composição do dano patrimonial **cumulativamente** com o dano moral ( RDA 165/228-230; RE n. 71.465, na RTJ 65/4000; RE n.59.358, na RTJ 47/276; RE n.84.718, na RTJ 86/560; ERE n. 53. 404, na RTJ 42/378; e no RE n. 8.047, na RTJ 96. 1201 ). E quanto à **comunicabilidade** das responsabilidades criminal e civil, o STF, desde pelo menos o ano de 1969, assentou a tese de que, nos termos do art. 1525 do ( antigo ) Código Civil, a responsabilidade civil independe da criminal, mas não se poderá questionar mais sobre a existência do fato ou de quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime ( RE 67. 484, na RTJ 52/136 ).



## O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E O TRIBUNAL DO JÚRI

**Verônica Lazar Amado, Promotora de Justiça, Professora de Direito Penal e Processo Penal da UFS**

A instituição do júri já era conhecida dos povos antigos, especialmente em Roma e na Grécia. No entanto, a propagação do tribunal popular pelo mundo ocidental, com sua adoção por diversas legislações européias e também pelos Estados Unidos, deu-se somente após 1215 com a edição da Magna Carta. Como diz Ferri, há três tipos de júri: romano, medieval e inglês. Foi do último que os países ocidentais tiraram o modelo atualmente adotado.

Diz o art. 48 da Magna Charta Libertatum que “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de **juízo de seus pares**, segundo as leis do país”. Essa foi uma maneira de controlar os abusos praticados pelo soberano e fazer com que os costumes da terra prevalecessem sempre.

Depois, quando o Judiciário adquiriu independência frente ao Executivo, e os magistrados passaram a ter maiores garantias, o júri começou a perder o seu *glamour* e foi abolido na Alemanha, em 1924; foi substituído na Itália em 1935 pelo escabinado (mistura de juízes togados e leigos), o mesmo acontecendo na França e Portugal. No México foi abolido em 1929.

É interessante observar que a manutenção do júri nos Estados Unidos e Inglaterra deve-se justamente à aplicação do direito consuetudinário e não à forma de Estado e de governo, visto que o Reino Unido é uma monarquia constitucional enquanto os Estados Unidos uma República presidencialista.

Nos Estados Unidos, o júri é formado por 12 jurados e presidido por um juiz togado com poder de direção a fim de informar os juízes leigos que a decisão deve ser sempre unânime. O fato é que, nos Estados Unidos, o júri é realmente uma garantia fundamental do cidadão prevista na Constituição, num sistema onde juízes e promotores são eleitos ou nomeados pelo Poder Executivo.

Recentemente, a Suprema Corte Americana, mais precisamente em 24 de junho de 2002, decidiu que cabe aos jurados, num julgamento o ônus de encontrar fatos agravantes cruciais que determi-

nem a sentença de pena de morte ao réu. Ou seja, cabe aos 12 cidadãos não apenas definir a culpabilidade, mas também prescrever a sentença que mandará alguém ao cadafalso. Antes dessa deliberação, eram os juízes que ditavam a sentença (*Isto É* nº. 1709, de 03.07.2002).

No Brasil, certamente inspirado pelas mesmas razões que levaram a Europa a adotar a instituição do júri, criou-se o tribunal popular por lei de 18 de junho de 1822 com a missão de julgar os crimes de imprensa. Em verdade, o colonialismo acabou impondo ao príncipe regente, D. Pedro, as mesmas orientações que Portugal estava vivenciando, além do que o próprio colonizador era subserviente em muitos aspectos a outra nação, no caso a Inglaterra, de modo que foi muito natural ter o júri alcançado as terras brasileiras.

Quando foi promulgada a Constituição de 1824, a instituição do júri foi colocada no capítulo que tratava do Poder Judiciário e não no concernente aos direitos e garantias individuais.

O Código de Processo Criminal de 1832 ampliou sobremaneira a competência do tribunal do júri, restringindo a atividade do juiz de Direito a praticamente só presidir as sessões do júri, orientar os jurados e aplicar a pena. Posteriormente, a competência do juiz de Direito aumentou e a dos jurados diminuiu, ficando restrita ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dentre os princípios que norteiam o Tribunal do Júri, ressaltaremos o **Princípio da Soberania dos Veredictos** afeto ao nosso tema.

De acordo com esse princípio deve-se garantir a última palavra ao júri quando se tratar de crime doloso contra a vida. Na interpretação desse princípio a doutrina e a jurisprudência não se cansam de repetir que decisão soberana não é decisão onipotente e arbitrária. Decidir contra a prova dos autos não faz parte do direito que o júri possui de julgar o semelhante.

Como afirma Adriano Marrey “não são os jurados onipotentes com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova. Julgam eles segundo os fatos objeto do processo; mas exorbitam se decidem contra a prova”.

O que se quer dizer é que os jurados também podem errar e, quando se afastam das provas colhidas, precisam rever sua decisão anterior. Não é o caso de substituir o veredicto do tribunal popular pelo do colegiado togado, mas de determinar a realização de um novo julgamento.

De fato, os veredictos do tribunal popular podem ser revistos. Juízes equivocam-se e podem cometer erros graves seja para condenar seja para absolver. Diz Manoel Pedro Pimentel que “os jurados

são seres humanos, com virtudes e defeitos, capazes de acertos e erros, apesar de estarem imbuídos da melhor vontade de acertar”.

É bem verdade que a opinião pública de alguma forma influencia as decisões do Tribunal do Júri. Hoje a opinião pública, influenciada pela mídia, absolve ou condena com facilidade e desprezo à regra do devido processo legal, em gravíssima violação do princípio do direito de defesa.

O jurado é membro da sociedade mas, por ser leigo tem menos esclarecimento do que o juiz togado. Este, pelo menos, deve conhecer a legislação, bem como a jurisprudência da sua área de atuação, tendo formação jurídica e, sendo um leitor da doutrina pátria tem melhores condições de interpretar a lei no momento de aplicá-la ao caso concreto. O juiz leigo, no entanto, é desprovido de tais conhecimentos e vai decidir no júri, por íntima convicção, sem dar seus motivos e sem necessariamente, vincular-se à lei.

O sistema da íntima convicção ou da prova livre, pelo qual o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão vigora entre nós, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, que se contrapõe ao sistema da livre convicção ou livre convencimento pelo qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova. Não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração. Foi este o adotado pelo código de processo penal conforme dispõe o art. 157: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar a sua decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos não está no mundo.

De fato, os jurados decidem sigilosamente, de acordo com a sua íntima convicção, sem fundamentar seu voto. E mais até: sem que se saiba, via de regra, qual teria sido seu voto, se contra ou a favor...

Daí porque é extremamente sensível à opinião pública. O estado de espírito dos jurados é em grande parte formado pelos dados que coleta ao longo do seu cotidiano, desde o momento que levanta até o instante em que volta ao seu leito para dormir. O bombardeio de informações pelos meios de comunicação serve para atingir-lhe de algum jeito o modo de pensar.

Eis porque é maléfica a atuação da imprensa na divulgação de casos *sub judice* especialmente na esfera criminal e, pior ainda, quando relacionados ao tribunal do júri. Afinal, quando o jurado dirige-se ao tribunal convocado para participar de um julgamento de uma pessoa notoriamente conhecida e que já foi condenada pela imprensa e,

consequentemente, pela opinião pública, qual isenção terá para apreciar as provas e dar o seu voto com liberdade e fidelidade às provas? Essa é a razão pela qual a liberdade de imprensa vem sendo questionada na Inglaterra, pois é sabido que a divulgação de dados de um julgamento a ser realizado pode influenciar seriamente os futuros jurados.

Entretanto, apesar dos prós e contras levantados, a formação da opinião pública seja a mais isenta ou menos imparcial – salientando-se que um processo puro de formação do estado de espírito da sociedade é praticamente impossível de ocorrer pela própria natureza do ser humano – é fato consumado e real.

Importa ressaltar, que não se pode pretender que existam jurados puros e isentos, até porque os juízes togados também não o são.

A opinião pública é fenômeno inexorável no contexto dos julgamentos ocorridos no tribunal do júri e faz parte do cotidiano social, de onde sai o jurado para dar seu voto. Logo, assegurada a sua incomunicabilidade a partir do momento em que começa a sessão do julgamento, o mais que trouxe consigo não lhe pode ser extraído e, portanto, integra a forma de avaliação popular inerente à instituição do júri. Se o juiz togado carrega nas suas decisões muito da opinião pública, é óbvio que o jurado faça o mesmo, não servindo para ferir seriamente a soberania dos veredictos.

Essa constatação lembra-nos os versos do poeta José Hernandez na obra *Martin Fierro*: “A lei é teia de aranha, eis a verdade suprema: quem for rico, não a tema, tampouco aquele que mande: porque a rompe o bicho grande e aos fracos somente algema”.

## TRANSPORTE ESCOLAR- DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DEVER DO ESTADO

Dauquíria de Melo Ferreira, Juíza de Direito do Poder Judiciário de Sergipe.

SUMÁRIO: 1.Considerações Iniciais – 2. Do Ato Administrativo– 3.– Da discricionariiedade Administrativa 4. Dos Limites do Controle Judicial Dos Atos Administrativos 5. – Falta do Fornecimento do Transporte Escolar – Ofensa aos Princípios da Legalidade e Eficiência 6. - Do Afastamento Liminar Do Agente Público Pela Omissão Na Disponibilização Do Transporte Escolar. – 7. – Conclusões – 8 – Referências Bibliográficas.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fornecimento do Transporte Escolar para crianças e adolescentes é obrigação do Estado à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, a LEI DE DIRETRIZES E BASES e o ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE possuem comandos vinculadores da atividade administrativa e também auto-aplicáveis, valendo destacar o artigo 208, inciso VII, da Lei Maior:

Art. 208. O dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de :

.....

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, **transporte**, alimentação e assistência à saúde.

Cabe ao agente público viabilizar o transporte de crianças e adolescentes às escolas, assegurando-lhes o direito à educação. Existindo provas suficientes de conduta omissiva do administrador público no fornecimento do transporte é possível a interferência do Poder Judiciário, no âmbito da ação própria, inclusive com o deferimento do seu afastamento liminar.

É em casos como este que o Poder Judiciário, sem adentrar na discricionariedade de atuação do administrador público, deve intervir, já que não há margem livre de atuação para propiciar o acesso de crianças às escolas.

## 2. DO ATO ADMINISTRATIVO

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que Poder Público e Administração Pública decorrem de abstrações legais. Os atos administrativos são ou não praticados por seus agentes.

A Administração Pública realiza sua função executiva através dos atos administrativos.

Podemos, pois, conceituar o ato administrativo como sendo “a exteriorização da vontade da Administração Pública ou de seus delegatários que, sob regime de direito público, tenha por fim adquirir, resguardar, modificar, transferir, extinguir e declarar situações jurídicas, com o fim de atender o interesse público”<sup>1</sup>

## 3. DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, atos discricionários seriam “os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.” (Curso de Direito Administrativo, p. 203).

Não obstante, já vai longe o tempo em que a discricionariedade era considerada uma manifestação de poder sem limites. Ela não pode ser entendida como margem de liberdade impeditiva do controle judicial. Absolutamente não pode significar uma procuração em branco para o administrador, contendo amplos poderes para a gestão da coisa pública, que, como já foi afirmado, é indisponível, inapropriável.

“Discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.” (Celso Antônio, ob. cit., p. 204).

Por isso, não é menos correto afirmar que não existe ato puramente discricionário, posto que será sempre vinculado ao **fim** e à

**competência**, sendo que aquele sempre terá em mira um interesse público. “*Enfim, a lei jamais dá ao administrador poder de agir se não subentendendo: no interesse público.*” (Marcel Waline, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, Malheiros Editores, 2ª ed., 1.993, p. 59).

Nas palavras de Celso Antônio, a discricionariedade existe, por definição, “*única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público alvejado pela lei aplicanda*” ... “*haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia*”. (“Curso ...”, p. 208).

#### 4. DOS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle judicial dos atos administrativos encontrará limites nas questões estritamente políticas, quando haverá a impossibilidade de se substituir certos juízos de conveniência e oportunidade que devem caracterizar atos do governo.

Assim, temos que ao Judiciário não compete, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz.

Fora desta situação, nenhum ato discricionário é imune à apreciação judicial, cabendo, ao Judiciário, analisar a legalidade e a discricionariedade apontada pelo administrador e os limites de opção do agente administrativo.

Frise-se, por oportuno, que todo ato administrativo deve objetivar o bem comum, identificado com o interesse social ou coletivo. Por isso, impõe-se que o administrador não pode desviar-se desse objetivo, ou seja, da busca do bem comum.

Se o ato praticado, embora discricionário, busca objetivo diferente, estará envolto em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido pelo Poder Judiciário.

#### 5. - FALTA DO FORNECIMENTO DO TRANSPORTE ESCOLAR - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E EFICIÊNCIA

A falta de fornecimento do transporte que propicie o acesso a crianças e adolescentes às escolas representa, não só ofensa ao prin-

cípio da LEGALIDADE, insculpido no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, mas também ao princípio da EFICIÊNCIA, nascido da Emenda Constitucional 19/98.

Na doutrina, mirando a Carta Magna no seu Art. 74, inciso II, que determina aos Poderes manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, citado pelo mestre Alexandre de Moraes, de há muito já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à Administração Pública.

Com maestria, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO nos ensina que o princípio da eficiência “... impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”, advertindo, porém, que a “... eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.

Por seu turno, o mestre ALEXANDRE DE MORAES, em sua obra *Direito Constitucional*, editora Jurídica Atlas, 5ª Edição, define o princípio da eficiência como sendo “... aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social ...”.

Explicando mais, o Prof. ALEXANDRE DE MORAES, na obra já mencionada, ainda assinala que o princípio da eficiência compõe-se de características básicas, tais como o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

Ainda segundo o mestre ALEXANDRE DE MORAES, “... o princípio da eficiência vem reforçar a possibilidade do Ministério Público, com base em sua função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover as medidas necessárias, judicial e extrajudicialmente, à sua garantia” (Constituição Federal, art. 129, II).

**Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas,** pois, conforme salienta Alejandro Nieto, citado pelo mestre Alexandre de Moraes,, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado.

#### **6.DO AFASTAMENTO LIMINAR DO AGENTE PÚBLICO PELA OMISSÃO NA DISPONIBILIZAÇÃO DO TRANSPORTE ESCOLAR**

A Lei 8429/92, conhecida como a Lei do Colarinho Branco, que trata dos atos de improbidade administrativa, em seu art. 20, parágrafo único, prevê a possibilidade do afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função durante a instrução processual, o que poderá ser determinado pela autoridade judicial ou administrativa competente.

Muito embora afastado, até decisão condenatória final com trânsito em julgado, o agente público continua a perceber sua remuneração.

Sabido é que para a concessão do afastamento liminar pleiteado necessário se faz o "*periculum in mora*", requisito este denominado de autorizador e que funciona como verdadeiro termômetro para a concessão ou negativa da liminar. No entanto, apesar de autorizador, não é o "*periculum in mora*" auto-suficiente, posto que sempre depende do seu agente regulador, o "*fumus boni iuris*", que funciona como forma de se controlar a concessão despropositada de liminar quando, apesar de presente o "*periculum in mora*", não se apresentar o direito em questão como de provável deferimento na decisão definitiva do feito. Por tal motivo, é o "*fumus boni iuris*" conhecido como "requisito de controle".

Somente a conjunção dos dois requisitos acima citados autoriza a concessão da liminar.

A falta do transporte escolar, não disponibilizado pelo administrador público, impedindo, desta forma, a locomoção de crianças e adolescentes até a escola, diz respeito a interesses de toda uma coletividade.

Este fato representa o requisito autorizador, ou seja, o "*periculum in mora*".

O perigo na demora na disponibilização do transporte escolar a crianças e adolescentes compromete a educação dos mesmos e representa grave violação às normas insculpidas na Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde encontramos o *fumus boni juris* – o requisito de controle.

Recentemente, na Comarca de Ribeirópolis, Município de Nossa Senhora Aparecida/SE, onde exercemos o cargo de magistrada, tivemos a oportunidade de determinar o afastamento liminar do secretário de educação deste município.

Referido secretário vinha se negando a disponibilizar o transporte escolar para crianças e adolescentes do ensino fundamental, que necessitavam se deslocar de povoados distantes até a sede do município, já que, em suas localidades, não havia escola.

O Ministério Público da Comarca ingressou com ação civil pública por prática de ato de improbidade em face do secretário de educação do Município de Aparecida, pleiteando seu afastamento liminar.

Junto ao pleito formulado no bojo da ação civil pública mencionada, o Representante do Órgão Parquetiano trouxe vários depoimentos de pais de alunos informando que muitas crianças e adolescentes estavam fora da escola pela falta de transporte. Outros alunos se dispunham a ir a pé até a rodovia onde pegavam transportes vindos de outros povoados, tudo para continuarem tendo acesso à educação.

De tudo, o mais surpreendente foi o fato de o secretário se negar a resolver o problema do transporte escolar no município, sem qualquer justificativa e mais, ser do conhecimento público que aquela situação já perdurava há mais de dez anos, tempo de omissão, de violação, de descaso, de abandono.

Diante de toda aquela problemática e, presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, deferimos o afastamento liminar do secretário de educação do município, cuja decisão foi alvo de agravo de instrumento interposto perante o Tribunal de Justiça de Sergipe que negou o efeito suspensivo à decisão.

Na situação apontada, parece-nos que também houve violação ao princípio da razoabilidade. Não é de se considerar razoável

que o agente público venha há muito tempo se omitindo na efetiva solução do problema da falta de transporte escolar para crianças e adolescentes do ensino fundamental.

## 7. - CONCLUSÕES

Concluindo, devemos considerar que a educação é um dever do Estado que deverá ser efetivado, dentre outros, pela disponibilização do transporte escolar, como garante o art. 208 da Constituição Federal.

A omissão na oferta do transporte escolar pode ensejar ação civil pública por prática de ato de improbidade do administrador responsável pela grave violação deste direito, com a possibilidade de ser deferida liminar de o afastamento do agente público do exercício do cargo, sem prejuízo da remuneração (de acordo com o art. 20 da Lei 8.429/92), como forma de proteger a instrução processual e para se coibir que a omissão continue a ser a regra num Estado Democrático de Direito em que, não raro, os administradores e agentes públicos fazem vistas grossas à LEI MAIOR deste país.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª. edição. São Paulo. Editora Atlas. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª. edição. São Paulo. Editora Malheiros Editores. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª. edição. São Paulo. Editora Malheiros Editores. 2002.

FILHO CARVALHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 8ª. edição. Rio de Janeiro Editora Lúmen Júris. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª. edição. São Paulo. Editora Atlas. 1998.



## O DIREITO À INFORMAÇÃO VERDADEIRA ENQUANTO FUNDAMENTAL

**Marcos Roberto Gentil Monteiro, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, ex-professor da Universidade Federal de Sergipe, professor da Universidade Tiradentes da cadeira de Sociologia Geral e Jurídica, assessor técnico da Desembargadora Clara Leite de Rezende.<sup>1</sup>**

### RESUMO

O direito à informação verdadeira enquanto essencial para a formação da cidadania participativa. Análise do fenômeno jurídico enquanto controle da transmissão de crenças e valores, bem como da formação de opiniões e atitudes realizadas pelas emissoras de rádio e televisão.

### INTRODUÇÃO

Num país como o Brasil, onde os índices de analfabetismo demonstram-se insatisfatórios, deveriam os contemporâneos meios de comunicação de massa, principalmente os mais acessíveis aos excluídos: rádio e televisão, cumprir o seu papel social de complementar a deficiente formação da cidadania brasileira através da garantia à cidadania de uma informação escudada na verdadeira apresentação dos fatos. Percebam-se alguns dados do Censo 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *in* Mais velho, mais feminino, mais alfabetizado. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 20 de dezembro de 2001. CENSO 2000. p. 1: “Nos nove anos que separam os censos de 1991 e 2000, o país conseguiu diminuir a taxa de analfabetismo em 32%, mas ainda existem 16,29 milhões de pessoas acima de 15 anos que não conseguem ler nem escrever. Um terço dos domicílios é comandado por um analfabeto funcional, alguém que não consegue entender um texto. No Nordeste, eles são 54,4%; no Sul 25,6%. Em todo o país, ainda há 8 milhões de famílias comandadas por pessoas totalmente analfabetas.”

Patente o poder da mídia eletrônica, presentemente. Onde falta consciência crítica, refém torna-se a cidadania da ideologia dos concessionários das emissoras de rádio e TV. Observe-se, a respeito do poder da mídia, a lição de VILA NOVA, Sebastião. *Introdução à Sociologia*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2000. p. 174: "A unilateralidade predominante na interação dos modernos meios de comunicação de massa – cinema, rádio, televisão, jornal – é um eficientíssimo e, por isto mesmo, perigoso instrumento de dominação e manipulação das massas, através da transmissão de crenças e valores, bem como, em consequência, da formação de opiniões e atitudes."

### 1 - O PAPEL SOCIAL DA MÍDIA ELETRÔNICA

Numa **sociedade** - reunião de grupos de indivíduos ligados, ainda que inconscientemente, por características comuns, **capitalista** - uma vez que tem por principal objetivo a acumulação de capital, **neoliberal** - vítima da crescente redução do Estado na prestação dos serviços públicos e **excludente** - não proporciona aos miseráveis e pobres o acesso a seus direitos fundamentais, a manipulação da informação promovida no interesse comercial é maciça. A esse respeito, esclarecedoras as palavras de DEMO, Pedro. *Introdução à Sociologia: Complexidade, Interdisciplinaridade e Desigualdade Social*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 363: "Por conta do contexto do poder e da ideologia, toda informação também desinforma, pois, ao não poder dizer tudo, diz seletivamente o que no momento parece ser o caso dizer. Não estou referindo-me à informação deliberadamente mentirosa, mas à informação comum, à linguagem cotidiana não problemática, bem como à linguagem científica. Em ciência, vale também a regra metodológica: todo dado revela e encobre a realidade, porque é construto interpretativo. Nessa trajetória, seria fundamental envolver os sistemas de informação em aparatos de controle democrático, para que a desinformação possa ser reduzida ou pelo menos monitorada. A tendência do sistema capitalista de informação é, contudo, do monopólio, em todo o mundo, tamanha é a importância concedida a esse tipo de mercado. Basta olhar que todos os políticos seguem de perto o movimento da mídia e, quando podem, buscam tornar-se donos de meios de comunicação. Muitos políticos entram no mundo do mercado capitalista pela via da posse de meios de comunicação, porque entendem que dominar a mídia é o fator preponderante do acesso e permanência no poder. Informação é, entretanto, meio. Fim é a **formação**."

Com o escopo de evitar a manipulação da informação por grupos que detêm poder político ou econômico, foi editada a norma constitucional inserta no § 5º do art. 220, da Constituição Federal vigente:

*“§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”*

Já a Constituição do Estado de Sergipe, na esteira da Federal, procurando evitar que o poder político gere lucros desproporcionais aos Deputados Estaduais e Secretários de Estado, contém dispositivos que podem ser interpretados no sentido de evitar a manipulação da informação pelos grupos que detêm a concessão das emissoras de rádio e televisão:

*“Art. 43. O Deputado não poderá:*

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os que de que seja demissível ad nutum, nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

Art. 88. Os Secretários de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

*Parágrafo único. O Secretário de Estado está sujeito aos mesmos impedimentos relativos ao Deputado Estadual.”*

A educação, “direito de todos e dever do Estado e da família”, consoante o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, ápice do ordenamento jurídico pátrio, que, segundo o mesmo dispositivo legal, possui por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, na realidade, tendo em vista o sucateamento de seu sistema público, e sua mercantilização no sistema privado, não tem proporcionado à cidadania brasileira o desenvolvimento de um espírito crítico capaz de filtrar as perniciosas influências propaladas em massa, principalmente, pela mídia eletrônica, com a utilização do rádio e da televisão, principalmente.

Devem, por conseguinte, os meios de comunicação de massa, especialmente o rádio e a TV, mais acessíveis à massa, enquanto ins-

trumentos de desempenho do serviço público de comunicação social, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, delegados a particulares por concessão, permissão e autorização, nos termos do art. 223, *caput*, CF, possibilitar a democratização da informação, e contribuir para a formação do povo brasileiro, dotando-o de espírito crítico, capaz de formar a cidadania participativa. Nesta ordem de idéias manifesta-se DEMO, Pedro, op. cit., pp. 363-364: “Com respeito à promoção da cidadania organizada ou do associativismo, a mídia poderia desempenhar papel relevante, talvez mesmo decisivo, em duas direções principais:

**a) democratizar a informação**, tanto nos processos de sua utilização, quanto sobretudo nos processos de sua produção; o exercício da cidadania depende, em grande medida, de estar bem informado sobre os direitos, modos de os efetivar, maneiras de abordar entidades e autoridades, vias de acesso ao associativismo; de maneira geral, a população é profundamente desinformada e, certamente, isso interessa ao sistema: empregadas domésticas que não têm qualquer noção de seus direitos, acidentados do trabalho que não sabem como proceder, aposentados que ignoram os trâmites de seus benefícios e não controlam seu processamento, mulheres que sequer atinam com as possibilidades de mudar de vida, crianças deixadas ao léu, consumidores lesados que não reagem...

**b) promover a formação**, desde os níveis mais genéricos do acesso ao mundo da cultura até aos mais específicos de impulsionar a consciência crítica do cidadão, modos de se organizar e modos de intervir alternativamente...”

Contudo, com vistas à realização desses objetivos, o próprio texto constitucional, no art. 221, arrola princípios que devem ser obedecidos pelas emissoras de rádio e televisão, no tocante a sua produção e programação, tais como:

“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Todavia, desde a erotização subliminar promovida pelas apresentadoras de programas infantis, passando pela desenfreada violência, tônica dos desenhos animados, bem como das produções cinematográficas, principalmente norte-americanas, sem falar nas minisséries nacionais tais quais, *verbi gratia*, *Presença de Anita*, afora a apologia do crime em programas tipo *Linha Direta*, onde o *modus operandi* de diversas infrações penais é semanalmente exibido, até chegar a entrevistas e programas que desconhecem a fronteira entre o público e o privado, desrespeitadores da intimidade, da vida privada e da honra, tais como *Casa dos Artistas* e *Big Brother*, a mídia eletrônica é um convite à criminalidade. Antes que se esqueça, há ainda os apelos publicitários ao consumo de drogas e álcool, recheados de gente jovem, saudável e esteticamente agradável.

### 3 - O DIREITO À INFORMAÇÃO ENQUANTO FUNDAMENTAL

Dentre os direitos fundamentais, encontra-se o direito da cidadania brasileira à informação, inserto no capítulo relativo aos direitos individuais e coletivos, que deve ser interpretado, sistematicamente, temperado pela inviolabilidade à honra e à vida privada, e pela proteção à imagem, sob pena de responsabilização do divulgador por danos morais e materiais que causar, consoante incisos do art. 5º, CF:

*“XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”*

A necessidade de garantir a toda a sociedade o acesso à informação é tão importante à cidadania participativa que a norma constitucional que o garante resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício do profissional da comunicação. Neste sentido, o art. 71 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa):

*“Art. 71. Nenhum jornalista ou radialista, ou em geral, as pessoas referidas no art. 25, poderão ser compelidas ou coagidas a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade.”*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta-se no sentido de resguardar o sigilo da fonte, enquanto prerrogativa constitucional dos profissionais de imprensa:

*“A proteção constitucional que confere ao jornalista o direito de não proceder a disclosure da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional da Imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que – não custa insistir – os jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa”* (Inquérito nº 870-2/RJ – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 abr. 1996, p. 11.462).

O direito constitucional fundamental de acesso à informação verdadeira é essencial à formação de uma cidadania participativa, que necessita conhecer, possuir espírito crítico e formar posição diante dos temas de interesse público. Nesta direção aponta MORAES, Alexandre de. *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. p. 162: “O direito a receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.”

## CONCLUSÕES

Nesta sociedade capitalista, neoliberal e excludente, onde a política pública de educação encontra-se crescentemente sucateada, no interesse econômico da elite internacional, formada pelos monopólios e oligopólios, da comunicação inclusive, bem como da elite política nacional e regional, interessada na continuidade da concentração das concessões, permissões e autorizações das emissoras de rádio e televisão em suas mãos, não interessa ao sistema a formação de uma cidadania participativa, dotada de espírito crítico, capaz de filtrar a informação verdadeira, enquanto direito fundamental.

Para garantir à cidadania brasileira tal direito, a mídia eletrônica necessita pautar a sua programação nos princípios estabelecidos constitucionalmente, que almejam o acesso às fontes da cultura,

especialmente a nacional e regional; bem como promover o respeito aos valores éticos da família, e a consciência social.

Se consoante SÓCRATES, o caminho para a felicidade é o auto-conhecimento, nesta sociedade de massas, a fruição dos direitos do cidadão enquanto ser social e político passa pelo controle estatal das delegações do serviço público de informação aos particulares, bem como pela fiscalização das programações das emissoras.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEMO, Pedro. *Introdução à Sociologia: Complexidade, Interdisciplinaridade e Desigualdade Social*. São Paulo: Atlas, 2002.

Folha de São Paulo. *Mais velho, mais feminino, mais alfabetizado*. São Paulo, 20 de dezembro de 2001. CENSO 2000.

MORAES, Alexandre de. *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.

VILA NOVA, Sebastião. *Introdução à Sociologia*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.



## AINDA SOBRE A SÚMULA VINCULANTE

**Matheus Ribeiro Rezende, Assessor Jurídico.**

*“Judge ought to remember that their office is **ius dicere** and not **jus dare**: to interpret law, and not do make law, or give law... let judges also remember that Salomon’s throne was supported by lions, but yet lions under the throne; being circumspected that they donot check or oppose any points of sovereignty.” (Francis Bacon. Essays)*

Não é de hoje que se ouve falar da “crise do Poder Judiciário”. O termo não é novo, nem muito menos recente. Detendo-se em breve reflexão, desde as últimas décadas do Império Brasileiro, a prestação jurisdicional ofertada não condiz com aquela desejada pela sociedade.

A constatação desse desequilíbrio – entre a demanda social da jurisdição e a resposta do Estado quanto à garantia desse serviço – traz a concordância de todos quanto à urgência da reforma do Poder Judiciário, restando discussões que tocam apenas ao conteúdo e à forma de processamento das mudanças.

É nesse contexto que se insere a proposta de se conferir efeito vinculante às súmulas de jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, que passariam a ser de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos à sua jurisdição.

Tal projeto é encarado como legítima panacéia para a morosidade que aflige as instâncias recursais de todo o país, recebendo acolhida de magistrados e juristas ilustres. Particularmente, não acredito que seja essa a solução para os problemas apontados, pelos motivos que serão expostos no presente trabalho.

Acredito ser pertinente a discussão de tema já muito versado; ainda mais neste momento, quando os ânimos estão voltados, no âmbito da reforma judiciária, para as críticas ao controle externo da magistratura. Desviando-se da discussão acerca da problemática do efeito vinculante, corre-se o risco de ver-se editada Emenda Constitucional que represente verdadeiro controle do próprio conteúdo das decisões judiciais.

Para o bom entendimento do assunto, seria de se fazer, afora rápida exposição acerca das propostas de Emenda à Constituição em tramitação na Câmara dos Deputados, pequeno esboço histórico das súmulas, ainda que correndo o risco de uma exposição repetitiva e elementar.

## 1. BREVE HISTÓRICO DAS SÚMULAS

Os prejudgados, como instituição, têm como origem remota o *jus honorarium*, ou *jus praetorium* dos romanos, onde os pretores, através de seus editos, estabeleciam normas genéricas para a solução dos conflitos privados. É sabido que no império de Adriano, o jurisconsulto Sálvio Juliano elaborou o *Edictum Perpetuum*, espécie de consolidação do *jus praetorium*.

O antigo Direito Francês, por sua vez, contemplava os *arrêts de règlement*, que tinham força vinculativa, fato que não acontece com os atuais *arrêts de principe* da Corte de Cassação Francesa.

No Brasil, o tema remonta ao Direito Português, onde se encontra o precedente histórico do prejudgado – os Assentos da Casa de Suplicação, dotados de força obrigatória – cuja vigência foi consagrada pelas Ordenações Manuelinas, no Livro I, Título V, § 5º, e assim declarados pelos Decretos de 4 de fevereiro de 1684 e de 18 de agosto de 1705, confirmados, ainda, pela “Lei da Boa Razão”, de 18 de agosto de 1769.

Mesmo depois da criação da Casa de Suplicação do Rio de Janeiro (Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875), os Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa continuaram a vigor, salvo aqueles derogados por lei posterior, com observância em todo o Império. Tendo o Supremo Tribunal de Justiça competência para editar os Assentos, eram estes caracterizados por dirimirem questões de direito em tese, por serem pronunciamentos genéricos dotados de força vinculativa e soberana, como a própria lei.

O Decreto nº 16.275, de 20 de dezembro de 1923, que reorganizou a Justiça do Distrito Federal, consagrou, inicialmente, os prejudgados, como decisão obrigatória para o caso em apreço e norma meramente indicativa para os casos futuros, sendo afastado do nosso direito positivo por força do Decreto nº 5.053/26.

No ano de 1963, foi introduzida em nosso país a denominada súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Fruto de proposta capitaneada pelo então Ministro daquela Corte, Victor Nunes Leal, tais súmulas foram dotadas de condição

de orientação predominante e segura, mas sem força vinculativa e obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário.

É justamente essa a natureza das atuais súmulas dos Tribunais Superiores. Constituem fonte de orientação, que acabam por definir a conduta julgadora dos magistrados, não existindo para eles, entretanto, a obrigação de adequar o seu entendimento ao quanto nela tem definido.

Nesse mesmo toar, colhemos excerto do voto proferido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Oscar Corrêa, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 104898/RS, *verbis*:

“Não se infere daí a obrigatoriedade formal de obediência às súmulas do STF, nem isso pretendeu a Corte: dar caráter normativo cogente à sua orientação, que não é lei.

(...)

Essas considerações objetivam lembrar a necessidade de assegurar-se o respeito à jurisprudência sumulada da Corte, o que não importa em impedir o livre pronunciamento de Juízes e Tribunais, mas busca efetivar a uniformidade jurisprudencial – essencial à boa distribuição da justiça.” (RE 104898/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Oscar Corrêa. DJ 19/04/85, p. 05468)

Não se repetiu, portanto, o instituto dos Assentos, que petrificava a jurisprudência e tornava-se fonte de norma jurídica.

## 2. AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

A idéia de conferir-se efeito vinculante às súmulas, restabelecendo o vetusto instituto português, surgiu através de projeto elaborado por Haroldo Valladão, e encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao Constituinte de 1946.

Ressurgiu, posteriormente, em 1963, no anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria do mesmo professor, mais uma vez não logrando êxito. Esteve ainda presente como objeto do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1964, de autoria de Alfredo Buzaid, sendo a proposta rejeitada pela Comissão Revisora.

Mais recentemente, por ocasião da pretendida revisão constitucional de 1993, projetou-se novamente conferir caráter normativo às súmulas, tendo sido apresentadas diversas propostas, duas das quais se encontram em tramitação na Câmara dos Deputados.

A primeira delas é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96/92, que prevê a possibilidade de edição pelo Supremo Tribu-

nal Federal e pelos Tribunais Superiores, após reiteradas decisões da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, de súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos à sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, nos casos em que a controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Mais absurdo ainda é o dispositivo que prevê que o reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante configura crime de responsabilidade para o agente político, acarretando a perda do cargo, sem prejuízo de outras sanções, inclusive aos juízes que decidirem contrariamente à orientação sumulada.

A segunda proposta é oriunda do Senado Federal (PEC nº 54/95, no Senado, e PEC nº 500/97, na Câmara dos Deputados), tencionando instituir a súmula vinculante para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, mediante voto de dois terços de seus membros.

### 3. CRÍTICAS AO EFEITO VINCULANTE

Impende destacar, desde logo, que são dois os grandes sistemas jurídicos contemporâneos que subsistem no mundo ocidental: o direito continental europeu e o direito anglo-americano.

Coube a RENE DAVID, em obra hoje clássica, a perfeita sistematização dessas duas famílias, sobre as quais teceremos breves comentários.

Nos países da Europa Continental, e também no Brasil, adotou-se o sistema romano-germânico, que tem por característica fundamental a absoluta preeminência do direito escrito e, não menos importante, a tendência à codificação. "O próprio raciocínio jurídico se constrói sobre o pressuposto de que a solução de qualquer controvérsia encontra-se numa norma geral criada pelo legislador. A lei é a fonte do direito por excelência e o ideal jurídico se expressa na identidade plena entre o direito e a norma jurídica".

Não obstante, nesses ordenamentos, a jurisprudência goze de considerável autoridade, reconhecendo-se seu *status* de fonte do Direito, não pode a mesma sobrepassar à lei, pois uma decisão só obriga nos limites do caso em que é proferida e não vincula outros tribunais e juízes no julgamento de casos idênticos. Em outras palavras, a jurisprudência não atua como criadora de direitos, limitando-se a interpretar as leis.

No Reino Unido e nos Estados Unidos, implantou-se o sistema do *common law*, cujo caráter predominante é que o direito legislado não constitui fonte regular e normal do Direito. Ao contrário, a lei, ou *statute law*, faz-se necessária para determinar a exceção, para estabelecer a norma que foge aos princípios da *common law* e exige, por isso, uma interpretação restritiva.

A *common law* não constitui um sistema de direito escrito, ou um direito costumeiro, no sentido que a ciência jurídica dá, em geral, à palavra costume. Afirma-se, entretanto, que o chamado costume geral imemorial é considerado a própria essência da *common law*.

Há de se atentar, todavia, que esse costume geral imemorial é coisa diversa. “Consiste no complexo dos princípios que se extraem das decisões proferidas pela justiça real, desde sua instituição no século XIII. Nos países em que o direito romano foi recebido, o legislador é o promotor do direito, enquanto que, nos países da *common law*, é a magistratura. Desse modo, no direito inglês, as decisões judiciais dispõem de uma força específica que não se limita à hipótese concretamente resolvida, mas pode estender-se com efeito normativo aos casos futuros que apresentem a mesma configuração e venham a se enquadrar nos mesmos limites”.

O direito inglês apresenta-se como direito jurisprudencial, casuístico – *case law* – em que predomina a regra do precedente, temperada pela aplicação do princípio da equidade.

Nesse diapasão, entendemos que, enquanto o casuismo inevitável e multifacetário das decisões judiciais no sistema do *common law* é compensado pela regra do precedente obrigatório (o *stare decisis*), o transplante desse preceito – efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores – para um sistema romano-germânico como o nosso, provocaria o engessamento do direito existente, na medida em que o privaria da flexibilidade que as decisões judiciais de primeira e segunda instância lhe conferem.

É cediço que, em vários casos, as diversas decisões dos magistrados de primeiro grau e dos Tribunais Estaduais levam os Tribunais Superiores a reformular sua jurisprudência, como observado em caso recente, quando, em decisão tomada em 7 de maio de 2003, no julgamento do EREsp 213828/RS, o Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento contrário à súmula do próprio Tribunal, tombada sob o nº 263, que afirmava que a cobrança antecipada do valor residual, embutido nas prestações mensais de um contrato, pode descaracterizá-lo, transformando-o numa compra e venda a prazo, com desaparecimento da causa do contrato, provocando o seu cancelamento.

Não fosse apenas isso, percebe-se que a adoção do efeito vinculante às súmulas atenta contra o princípio democrático sobre o qual se funda o nosso Estado.

O parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal é expresso em admitir que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

Se a proposta for aceita segundo a fórmula já aqui delineada, a denominada súmula vinculante obrigará os órgãos do Poder Judiciário submetidos à jurisdição do Tribunal que a editou à sua observância obrigatória. Terá a súmula, então, a mesma natureza cogente, genérica e abstrata da lei em sentido material.

Ora, é pacífico que a função precípua do Congresso Nacional, eleito pelo povo, é criar o Direito que será observado por toda a sociedade. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, brilhante constitucionalista mineira, preleciona:

*“(...) tem-se, aqui, a democracia semi-direta, sendo que o exercício das funções políticas de governo e administração e de legislação são entregues aos órgãos titularizados por representantes eleitos pelo povo e que contam com a participação direta do povo. Especialmente no que concerne à criação do Direito, que é o que se tem com a legislação, com a criação de normas jurídicas, o sistema constitucional estabeleceu que o cidadão tem o direito de participar ativa e diretamente, seja por meio de iniciativa popular de leis (art. 14, III, acoplado ao art. 61, § 2º), seja por meio de plebiscito ou referendo”*.

Esse modelo do Estado Democrático de Direito, adotado pela Carta de 1988, seria radicalmente alterado com a introdução da súmula com efeito vinculante, pela qual se incluiria norma jurídica judicial ao rol estatuído no artigo 59, da Lei Maior.

É que o exercício do poder, ao qual alude o referido parágrafo único do artigo 1º, da CF, estaria sendo restringido. Nem o representante eleito, nem o próprio cidadão, teriam como participar da elaboração da norma contida na súmula, infringindo-se, portanto, um dos princípios fundamentais da República.

Cabe frisar que, mesmo as medidas provisórias, adotadas pelo Presidente da República, no exercício de sua função atípica, com força de lei, devem ser imediatamente submetidas ao Congresso Nacional, *ex vi* do artigo 62, da CF, justamente por ser ali o foro próprio e democrático do amplo debate da formação das leis.

De mais a mais, a exceção posta pelo próprio texto constitucional, atinente à formação de norma com força de lei, como a medida

provisória, apresenta limitações materiais (vide o § 1º, do artigo 62, da CF), o que não ocorreria com as súmulas vinculantes, que estariam aptas a regular qualquer espécie de conduta.

Não há de se olvidar, ainda, que o fato de se conferir efeito vinculante às súmulas dos Tribunais Superiores quebranta a independência dos magistrados, condição essencial para a efetivação do ideal democrático.

MAURO CAPPELETTI, ao discorrer sobre a independência dos juízes, ensina:

*“A independência dos juízes pode ser externa ou interna. É externa quando o magistrado tem liberdade para julgar sem influência de poderes externos ao Judiciário. A interna representa a liberdade do juiz para decidir conforme a sua própria consciência, livre de pressões do próprio Judiciário, com as de seus órgãos colegiados. A hierarquia da magistratura deve respeitar a independência do juiz, que, apesar de subordinado a um tribunal, deve ter a possibilidade de julgar de acordo com sua convicção”.*

Tem-se, ainda, que a livre convicção do juiz é de tal forma essencial à democracia que jamais deve ser afastada, malgrado o acúmulo de feitos que atabalhoam os tribunais. A independência do magistrado é fruto da essência da própria jurisdição, sendo interessante transcrever, por ora, lúcida reflexão de ZAFFARONI, *verbis*:

“Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do Executivo ou do Legislativo, mas nem pode ser empregado da Corte ou do Supremo Tribunal. Um Poder Judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um Judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado”.

A compulsoriedade da aplicação das súmulas dos Tribunais Superiores consubstancia-se, portanto, em instrumento de verdadeiro controle ideológico. Estar-se-ia promovendo uma clara automatização dos magistrados, criando padrões miméticos de conduta ao engessar sua dinâmica procedimental. O juiz seria transformado em uma espécie de *robot* que tivesse de decidir de maneira uniforme, ainda que contrária à sua convicção, formada nas lindes da persuasão racional.

Há de se atentar, também, para o fato de que os juízes de primeiro grau estão em contato direto com as provas, que não são novamente apreciadas pelos Tribunais Superiores, limitados que estão a examinar questões de direito. Por isso mesmo, são aqueles mais sensíveis às mudanças e imediatamente exigidos a atender os reclamos da sociedade civil; são os principais inovadores da ordem jurídica, contribuindo para sua adequação ao mutante meio social.

Parece pouco provável, dessarte, que os jurisdicionados prefiram uma definição prévia da lide à possibilidade de postular aquilo que considera seu direito perante seu juiz natural, sem que este seja reduzido a aplicador mecanizado do entendimento dos Tribunais Superiores.

Por essa razão, a insurgência de MARIA HELENA MALLMANN SULZBACH, para quem o efeito vinculante das súmulas traduz “um mecanismo de controle de jurisprudência pela cúpula, que transforma os juízes em meros reprodutores burocráticos e constitui perigoso instrumento de controle ideológico e impeditivo do processo sociológico de criação e evolução do direito material”.

Além disso, indispensável tecer alguns comentários acerca da justificativa primeira para a adoção do instituto *sub analise*, a necessidade de descongestionamento dos tribunais superiores.

O princípio da celeridade, corolário da economia processual, impõe a tomada de decisões rápidas, sem procrastinações inúteis, já que a morosidade na solução dos litígios implica denegação da própria Justiça. Por outro lado, sobreleva-se o princípio da Justiça, que, nas palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER, “leva à conclusão de que, quanto mais se examina uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça, pois, caso esteja ela incorreta, há a possibilidade de serem sanados os equívocos”.

Salta aos olhos que ambos os princípios devem ser compatibilizados para que o ideal da Justiça seja atingido, atentando-se, sempre, para que a brevidade é princípio informador do procedimento, que nunca pode suplantar as garantias constitucionais. Deve-se, sempre, enfrentá-los com cautela, haja vista que, apesar de um processo lento não significar um processo justo, o contrário, ou seja, o processo célere, nem sempre concretiza aquele valor.

Ademais, no que tange à possível desobstrução, não cremos ser a súmula vinculante remédio eficaz, permanecendo o acúmulo de feitos a afligir os tribunais. É de se atentar para o alerta lançado por RENATO VENTURA RIBEIRO, *verbis*:

“Os advogados continuariam a recorrer até a última instância, alegando que a súmula vinculante não se aplica ao caso concreto, prática conhecida por *distinguishing* no direito norte-americano. Ao invés de discutir a constitucionalidade de uma lei, os recursos versariam sobre a aplicabilidade ou não do precedente vinculante ao feito”.

Não param por aí as críticas que poderiam ser feitas ao efeito vinculante impingido às súmulas. Outras de não menos importância reforçam as desvantagens da criação do instituto, *v.g.*, a afronta ao princípio da separação dos poderes, a problemática da efetivação do controle de constitucionalidade dessas súmulas, o óbice ao direito de ação. O desenvolvimento de cada uma delas, entretanto, tornaria o presente trabalho muito extenso, o que poderia resultar em uma leitura enfadonha.

#### 4. CONCLUSÕES

Como se pode perceber, serão graves os prejuízos para a ordem jurídica com a transplantação para o nosso sistema de instituto típico do direito anglo-americano. O excesso de processos que assoberbam o dia-a-dia dos tribunais, impedindo o julgamento célere garantido a todos, não encontrará solução com a edição de súmulas com efeito vinculante.

Existem meios legítimos e mais eficazes de desafogar o Poder Judiciário do acúmulo de feitos que entrava a eficiente prestação jurisdicional. Uma alternativa seria o aumento do número de magistrados nos Tribunais Superiores e o melhor aparelhamento dos mesmos.

A reformulação das regras processuais, com a diminuição do número de recursos, é outro ponto de relevo para tornar mais dinâmico o serviço judicial. Intimamente ligada a essa proposta, há a necessidade de tornar mais efetivas as disposições que penalizam as protelações inúteis, inibindo os recursos meramente procrastinatórios.

A diminuição dos períodos de recesso forense, também, imprimiria maior rapidez à tutela jurisdicional conferida. É de considerar que o serviço público tem na continuidade de sua prestação uma de suas características fundamentais.

Cabe, ainda, frisar que a especialização das turmas dentro dos tribunais pode conduzir a um melhor aproveitamento e eficácia dos magistrados. Quanto mais aprofundado no tema trazido a seu conhecimento, mais o juiz poderá distinguir melhores e mais rápidos resultados para a solução do litígio.

Em suma, dispõe-se de variadas alternativas para conferir-se celeridade à prestação jurisdicional, meios mais lúdimos e eficientes que a criação de espécie de “cabresto normativo”.

Mais uma vez, sábias as palavras de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, as quais agora reproduzimos:

“Tanto quanto ao cidadão, a *súmula vinculante* compromete, enrijece e tolhe o próprio Poder Judiciário, tomado na inteireza de sua composição. O momento é de crescimento responsável do Poder Judiciário, não de seu tolhimento. O momento é de cidadania, não de mordação. A Justiça, tenho dito, fala pelo juiz. Calar o magistrado é silenciar o homem. O bom juiz, disse antes, mal abre a voz, a Justiça fala. A *súmula vinculante* é, no Direito, o *silêncio obsequioso* imposto nas religiões sem democracia. E o momento não é dos mudos. A palavra é a senha do Direito. O silêncio, a sua morte”.

Muito ainda se poderia dizer, mas resta, por ora, confiar na indulgência divina e na inteligência dos homens, para que, em tempos que tais, onde não se está a privilegiar o diálogo, o bom senso possa prevalecer, cumprindo o Direito a sua verdadeira função – a pacificação social.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

- DAVID, Rene. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- RIBEIRO, Renato Ventura. *Efeito Vinculante e Democracia*. [www.fblaw.com.br](http://www.fblaw.com.br)

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

---

- \_\_\_\_\_ . *Sobre a Súmula Vinculante*.  
www.teiajuridica.com

- STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- SULZBACH, Maria Helena Mallmann. Súmula vinculante: a lei das leis. *Gazeta Justiça e Trabalho*. Abril de 1996, p. 07.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



## O JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARTE DA LIDE

**Paulo César Cavalcante Macedo, Juiz de Direito, Professor de Processo Civil da UNIT, Veredictum, ESMESE e Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, Pós-Graduado Lato-Sensu em Direito Público e Mestrando em Direito, Estado e Cidadania pela UGF.**

### INTRODUÇÃO

Não é mais satisfatória, à luz da moderna doutrina processual, a idéia da Justiça que tarda, mas não falha, vez que o conceito de Justiça não se compatibiliza com o de atraso na sua execução. O que se pretende hoje é um ordenamento jurídico capaz de entregar a prestação jurisdicional justa e de forma célere.

Ademais é preceito constitucional (art 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988) que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário, bem como que ninguém será privado dos seus bens ou da sua liberdade senão através do devido processo legal (inciso LIV do mesmo artigo).

A idéia de devido processo legal está umbilicalmente ligada à efetividade do processo. À luz da Carta Magna e dos princípios que regem o Direito Processual Civil é garantido àquele que tem um seu direito lesado, um processo que se desenvolva em tempo razoável, respeitando a isonomia entre as partes e que seja capaz de restabelecer o equilíbrio rompido pela existência da lesão ou mesmo ameaça ao direito.

O Estado, havendo proibido como regra a autotutela e avocado para si a função de compor litígios através do exercício da jurisdição, obrigou-se a possibilitar a realização de um processo capaz de entregar à parte, em tempo oportuno, tudo e exatamente o que requer e tem amparo no ordenamento jurídico.

É fato entretanto que o aparelho judiciário brasileiro não tem se mostrado capaz de atender a este anseio popular. Entre outros fatores, a desproporção entre o número de processos e o número de juízes, bem como a falta de condições ideais de trabalho para estes, têm feito do Judiciário um Poder obsoleto, impotente para atender em tempo oportuno a demanda que se lhe apresenta.

Neste contexto, os operadores do Direito têm reclamado a criação de instrumentos capazes de permitir a entrega da prestação jurisdicional de forma mais célere. E a necessidade de celeridade no julgamento mostra-se ainda muito mais gritante diante de casos em que o direito do autor se mostra certo ou fortemente provável.

Atentos a este anseio, doutrinadores renomados têm sugerido a criação de determinados instrumentos jurídicos, bem como analisado o surgimento de outros no ordenamento legal.

O legislador por sua vez, ainda que de forma tímida, lenta e insuficiente, tem apresentado novos institutos criados com o fito de evitar, ou ao menos amenizar os males causados pela morosidade processual. Entre estes mecanismos, se apresentam as tutelas de urgência, merecendo destaque entre elas dois institutos jurídicos de extrema importância no momento histórico vivido hoje pelo Poder Judiciário: O processo cautelar (velho conhecido no nosso ordenamento) e a tutela antecipada (com aplicação ao procedimento comum surgida apenas através da Lei 8952 em 1994).

Instrumentos diversos, porém possuidores de muitos traços comuns, a tutela antecipada e o processo cautelar têm recebido especial atenção dos estudiosos do Direito em virtude de se apresentarem como remédios, ou ao menos paliativos, para as mazelas da morosidade processual que tem se tornado regra nos tribunais brasileiros.

Inovação legislativa recente, trazida à baila pela Lei 10.444 de 07 de maio de 2002, acrescentou o § 6º ao art. 273 do Código de Processo Civil que trata, em princípio, da tutela antecipada, possibilitando o julgamento de “um dos pedidos cumulados ou parcela deles” quando inexistente a controvérsia a seu respeito.

A novidade já era pleiteada por alguns doutrinadores e foi entendida por alguns estudiosos como modalidade de tutela antecipada, ao passo que outra parcela da doutrina a tem considerado espécie de julgamento antecipado da lide.

A discussão é relevante para efeitos acadêmicos, bem como tem conseqüências práticas no dia-a-dia das lides processuais, estando a merecer a nossa atenção.

Analisar amiúde o novo instituto jurídico inserido no ordenamento processual pelo parágrafo de lei mencionado não dispensa análise minuciosa da sua natureza jurídica e revisão bibliográfica dos autores que apreciaram o tema antes e depois da sua inserção na lei processual. Este o objetivo deste trabalho.

## 1. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O PROBLEMA DO TEMPO

Entendido o processo como instrumento da jurisdição e esta como a função estatal de solução dos litígios<sup>1</sup>, é forçoso concluir que tanto mais complexo será o processo quanto mais intrincada a relação litigiosa a que o mesmo se proponha a resolver. Destarte, em questões de alta complexidade, assim entendidas as que se escoram em base jurídica controvertida em jurisprudência e doutrina e também aquelas que embora não relacionadas a tema jurídico complexo, demandam farta instrução probatória em virtude de grande controvérsia acerca dos fatos nela envolvidos, é de se esperar uma maior morosidade processual até que se atinja a composição do litígio.

Com os olhos voltados à solução de lides de alta complexidade, idealizou o legislador um procedimento no qual as partes tivessem ampla oportunidade de dialogar com o juiz e produzir suas provas, defendendo cada uma a sua tese, proporcionando assim ao julgador um juízo de certeza para resolução da contenda. É certo que o "juízo de certeza" referido encontra limitações na própria natureza humana que se verá sempre com alguma margem de dúvida (mínima que seja) diante do conjunto probatório de fatos já consumados, aos quais não esteve presente o julgador quando do seu acontecimento. Sem embargo do exposto, o procedimento previsto pelo legislador visa à persecução da certeza no grau mais próximo possível da amplitude.

É fácil concluir que este procedimento, amplo e perseguidor da certeza, não tem como uma de suas características a celeridade. Ao contrário, é procedimento que, por sua própria natureza, se faz longo e moroso. Trata-se do procedimento ordinário, utilizado sempre que a lei não tenha previsto expressamente um outro diferenciado.

Abstraída a variável tempo, o procedimento ordinário pode ser considerado o mais seguro procedimento para a solução dos litígios. A amplitude da sua discussão e da sua produção probatória, associada ainda à recorribilidade das suas decisões garante em tese a existência da tão almejada segurança jurídica. Por isso, o legislador reservou o procedimento ordinário como base subsidiária ao ordenamento processual civil. É ele o procedimento utilizado não apenas todas as vezes nas quais silencia o legislador quanto ao procedimento a ser adotado, como também como complemento legislativo aos demais procedimentos previstos para situações específicas<sup>2</sup>.

Em algumas situações, o legislador enxergou que em virtude das peculiaridades da natureza da lide existente, o procedimento ordi-

nário não seria entretanto eficaz na composição do litígio. Uma demanda judicial baseada, por exemplo, na dificuldade encontrada pelo autor em efetuar um pagamento em virtude da recusa do réu credor em fornecer recibo, recomenda que o objeto da prestação seja de logo entregue pelo autor em juízo. Daí a necessidade acatada pelo legislador de criar o procedimento da consignação em pagamento, no qual o depósito da coisa devida é um dos primeiros atos procedimentais.

Uma lide na qual alguém pleiteie ser mantido na posse de determinado bem em respeito à sua condição de possuidor (ainda que não seja proprietário) violada por ato de esbulhador que se valendo, por exemplo, de violência toma-lhe a posse do referido bem, reclama do Estado um provimento célere, que restitua logo ao início do processo as coisas ao seu estado anterior, sob pena de se ver ameaçada a paz social. Enxerga então o legislador a necessidade de criar um procedimento dotado de medida liminar de reintegração ou manutenção de posse, ou ainda de sanção enérgica para evitar a agressão à posse nos casos em que ela ainda não aconteceu. E assim nascem os interditos possessórios.

Nesta esteira, cria o legislador, em atenção às particularidades das matérias fáticas tratadas, vários procedimentos diversos do ordinário<sup>3</sup>.

Mas, por vezes, embora nenhuma peculiaridade haja na matéria de fundo que gere a necessidade de criação de um procedimento diferenciado para o seu tratamento em juízo, o caso concreto revela inadequações do procedimento ordinário para a sua solução. É que, no mundo fático é completamente impossível a abstração proposta de retirar da avaliação do procedimento o fator tempo. A uma porque o processo, no dizer de Theodoro Júnior (1996, p. 67-68) é um caminhar "para a frente", como já revela a origem latina do nome (*pro cedere*), que não pode ser concebido apenas em uma visão estática, mas também numa visão dinâmica na qual o tempo é elemento essencial da sua formação. A duas porque, entendido o processo como instrumento da jurisdição no seu mister de pacificação social com a resolução dos litígios e efetivação da Justiça, é de se notar que a realização desta reclama celeridade, sendo hoje cedoço que Justiça que tarda, é Justiça falha.

É preciso contornar o paradoxo da busca da segurança jurídica através de procedimento amplo e moroso, vez que a própria morosidade é fator de descrédito do processo como meio de solução de litígios, constituindo-se assim em fator de insegurança jurídica.

O procedimento comum faz, em princípio, recair o peso do tempo necessário ao andamento processual sobre o interesse do autor, beneficiando o réu quando é o caso de este não ter razão. E esta é uma incongruência do sistema processual que precisa ser evitada, inserindo-se no interior de tal procedimento alguma técnica que possibilite a distribuição justa dos efeitos maléficos do tempo sobre o processo, pois em algumas situações, mostra-se, no dizer de Marinoni (2002, p.28), completamente irracional obrigar ao autor sofrer com a morosidade processual se ele já demonstra no decorrer do procedimento que provavelmente possui o direito que alega.

Como remédio contra os malefícios do tempo sobre o processo, o nosso sistema jurídico sempre conheceu as medidas cautelares, primeiro inseridas no bojo dos processos de conhecimento e de execução (na sistemática do Código de Processo Civil de 1939), mais tarde como fruto de processo autônomo (assim concebido no Diploma Processual Civil de 1973).

Idealizado como processo autônomo que teria por finalidade única a preservação da eficácia de um outro processo considerado principal e de natureza satisfativa (este de conhecimento ou executivo), o processo cautelar acabou por ser utilizado de forma diversa daquela que lhe cabia segundo a sua natureza jurídica, tendo se tornado freqüente no foro a desvirtuação denominada “cautelar satisfativa” como forma de antecipar o provimento que em verdade só poderia chegar através de um processo de conhecimento que, em virtude de sua morosidade, tornava-se ineficaz.

Atento à aberração que se operava sobre o processo cautelar, devida à visível inaptidão do procedimento ordinário para a solução de casos urgentes, o legislador criou através da Lei 8952 de dezembro de 1994, um instrumento capaz de possibilitar, no bojo do processo de conhecimento, a antecipação do provimento de mérito pretendido pelo autor, afastando-se assim os perigos da necessária morosidade processual perseguidora da segurança jurídica existente no procedimento ordinário.

Trata-se da tutela antecipada, instrumento jurídico que possibilita ao juiz decidir com base em juízo de verossimilhança, antecipando os efeitos da sentença através de julgamento provisório, sujeito a confirmação ou revogação por ocasião da sentença que virá após oportunidade de exaustiva produção probatória à luz do procedimento ordinário.

Instituído no Código de Processo Civil de 1973 pela reforma de 1994 o instituto da tutela antecipada é levado ao procedimento

ordinário através da redação dada ao artigo 273 pela Lei 8952/94, que possibilita a antecipação dos efeitos da sentença desde que se trate de medida reversível e se façam presentes os requisitos que impõe, quais sejam a verossimilhança da alegação, a prova inequívoca dos fatos e a existência de perigo de um dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

É de se notar que a inovação legislativa trazida pela Lei 8952/94 possibilita apenas um julgamento provisório que será substituído ao final do processo pelo julgamento contido na sentença. E assim é porque a tutela antecipada é julgamento baseado em juízo apenas de verossimilhança que não pode ser acobertado pelo manto da coisa julgada material.

Revela-se então a afinidade, ainda que não absoluta, entre os institutos do processo cautelar e da tutela antecipada permitida pelo art. 273 do Código de Processo Civil, tratando-se ambas de decisões provisórias (que pressupõem posterior substituição por outra definitiva).

Assevera Dinamarco (2003, p.90) que o instituto da tutela antecipada não foi ainda, entre nós, compreendido inteiramente quer pelos operadores do Direito, quer pelos doutrinadores. Diz que o bom exemplo trazido pelo artigo 700 do Código de Processo Civil Italiano, e a doutrina que se consolidou com base no mesmo deveriam ter sido assimilados pelo legislador e doutrinadores brasileiros, o que não ocorreu.

Atribui o jurista a má assimilação do instituto ao fato de que se tem pretendido em solo pátrio tratar a tutela antecipada e a medida cautelar como conceitos absolutamente distintos, sendo esta uma falsa crença. Tratam-se na verdade de duas categorias de um só gênero, aquilo a que chamou de gênero das *medidas urgentes*. No seu dizer, os dois institutos são *dois irmãos quase gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos)*.

Entende Dinamarco (2003, p.90) que tutela antecipada e medida cautelar têm uma única finalidade, afastar os efeitos maléficos do tempo sobre o processo, tornando-se de pouca utilidade o esforço em estabelecer o exato traço divisório entre um e outro instituto.

O doutrinador convoca os operadores do Direito a enxergarem que, embora a antecipação da tutela esteja prevista em um único artigo do Código de Processo Civil (273), ao passo que o processo cautelar se encontra disciplinado em noventa e quatro artigos (todo o Livro III do mesmo Código), em verdade, este Livro rege não ape-

nas ao processo cautelar, mas a todo o sistema da *tutela jurisdicional de urgência*, devendo os preceitos ali previstos ser transpostos para a aplicação da tutela antecipada.

É fora de dúvida a proximidade entre os dois institutos, marcados pela existência em ambos do *periculum in mora* (no processo cautelar necessariamente e de forma direta, na tutela antecipada eventualmente ou de forma indireta<sup>4</sup>).

Fux (1996, p. 51-73), por sua vez, enxerga na existência do *periculum in mora* o traço marcante a reclamar a tutela de urgência, identificando esta como gênero no qual se insere o processo cautelar. Para aquele autor, este processo destaca-se pela sua instrumentalidade processual, posto que visa resguardar interesses processuais e não o direito em si mesmo que representa a satisfatividade da parte.

Entende o referido doutrinador que ao lado dessas situações nas quais o tempo pode gerar efeitos deletérios sobre a prestação jurisdicional, outras há nas quais as mazelas do tempo podem se deitar sobre o próprio direito pretendido, fazendo-o perecer ou furtar-se à eficácia de uma posterior exigibilidade.

Entende Fux que há pois casos em que a existência de *periculum in mora* revela a necessidade de uma tutela de urgência (o processo cautelar) destinada a afastar os efeitos daninhos do tempo sobre o processo de conhecimento. Entretanto, há casos outros nos quais o efeito deletério do tempo põe em risco não exatamente a prestação jurisdicional, mas o direito em si mesmo, buscado pelo autor em sua demanda. Enxerga então que, em algumas situações a providência urgente reclamada é exatamente a satisfação da pretensão, que não pode esperar sob pena de tornar-se impossível ou ineficaz. E antecipar tal satisfação nestes casos esgota por inteiro o litígio, de maneira a tornar impossível pretendê-la no bojo de um processo cautelar posto que nenhum objeto sobraría a um futuro processo de conhecimento.

Em tais situações anunciou o jurista a necessidade do que denominou *tutela de segurança*, caracterizada pela sua instrumentalidade material em contraposição à materialidade instrumental do processo cautelar. Apregoou ainda se aplicar à tutela de segurança o mesmo procedimento do processo cautelar em virtude da autorização contida no artigo 798 do Código de Processo Civil ao juiz de adotar medidas provisórias que julgar adequadas sempre que houver perigo de que uma parte cause ao *direito* da outra, lesão grave ou de difícil reparação.

Observa-se que Fux denomina a antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil como tutela de seguran-

ça e a medida cautelar como tutela de urgência, ao passo que Dinamarco denomina a ambas como tutela de urgência. Entretanto, os dois autores reconhecem a existência de uma disciplina única, contida no Livro III do mencionado Código a reger a aplicação dos dois institutos.

Sustenta Fux (1996, p. 56) que o legislador (com ou sem intenção, o que deve ser considerado irrelevante para efeito de interpretação), ao utilizar a expressão “lesão ao direito da parte” no art. 798 do Código de Processo Civil, deslocou o objeto da proteção cautelar do processo principal para o próprio direito pleiteado, acolhendo assim não apenas a instrumentalidade processual como também a instrumentalidade material.

É de bom alvitre frisar que a tese expendida por Fux na obra mencionada tem sua confecção procedida em parte no momento histórico em que o legislador pátrio não inseriu ainda no texto do Código de Processo Civil o instituto da tutela antecipada com a redação que hoje possui o artigo 273 (como se pode ver da própria “Nota preliminar à apresentação” daquela obra). Naquele instante, a tese defendia a possibilidade de adoção de medida provisória e satisfativa (tutela de segurança) pelo juiz com base nos artigos 798 e 799 do Diploma Processual Civil.

A alteração legislativa trazida ao artigo 273 pela Lei 8952/94 veio então tornar inquestionavelmente possível a referida tutela de segurança, então batizada como antecipação de tutela, sem a necessidade de se buscar a base legal pretendida por aquele autor em sua obra.

Registre-se por fim que Fux, em seu critério de classificação, reconheceu ainda a existência de uma terceira modalidade de tutela a reclamar tratamento especial do legislador e do operador do Direito. Trata-se da *tutela da evidência*, aquela que, em nome da efetividade do processo, reclama imediata providência jurisdicional não em virtude da existência de *periculum in mora*, mas em respeito à credibilidade do Judiciário, que não pode permitir a protelação no tempo para realização de direito que já se mostra provado desde o início.

No mesmo sentido, Marinoni (2002, p. 29-30) assevera que cada processo que se alonga no tempo mais que o necessário representa, exatamente a partir do momento em que se torna desnecessário, um custo altíssimo para a administração da Justiça, ocupando o juiz e servidores, fazendo com que caia a qualidade da prestação jurisdicional em virtude da sobrecarga de trabalho, multiplicando as possibilidades de erro em virtude do alargamento do tempo entre a

ocorrência do fato e a sua declaração na sentença e desestimulando os demais cidadãos a buscar seus direitos junto ao Poder Judiciário.

Revela Fux que o procedimento ordinário não é apto a solucionar litígios nos quais o direito do autor já se mostra evidente desde o início, tornando-se necessário procedimento que possibilite ao magistrado a solução definitiva do caso, com base em cognição sumária, mas que seja capaz de lhe gerar juízo de certeza. Entende que em alguns casos o procedimento deve ser antes de tudo célere e, ainda assim proporcionar ao magistrado a oportunidade de decidir de forma definitiva (e não provisória como se dá na tutela de segurança e no processo cautelar), resolvendo-se eventual mudança de convicção em perdas e danos.

Aponta Fux (1996, p. 309-310) o procedimento do mandado de segurança como exemplo claro de tutela de evidência e manifesta ainda a sua pretensão de *arrastar para os direitos evidentes o regime jurídico da tutela de segurança*<sup>5</sup>, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo e realizador.

Desincumbe-se o autor do ônus de definir quando se dá a existência de evidência do direito, esclarecendo que se trata de noção diretamente ligada aos limites da prova, sendo tão mais evidente o direito quanto mais disponha o seu titular de elementos de convicção. E arremata exemplificando com o direito demonstrável através de prova documental como líquido e certo; ou o direito que repousa sobre fatos notórios ou incontroversos; ou ainda em questão exclusivamente de direito; direito baseado em prova produzida antecipadamente ou em prova emprestada produzida em outro processo sob contraditório; direito baseado em confissão realizada em outro processo; ou finalmente direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido em outro processo com força de coisa julgada.

O aludido doutrinador conclui por reconhecer na ação monitória (à época de sua obra existente apenas em sede de anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil) um procedimento voltado à proteção da tutela da evidência no qual documento escrito representativo de obrigação de pagar quantia certa ou entregar coisa móvel ou fungível autoriza a concessão pelo juiz, de mandado ordenatório da prestação devida, criando imediatamente título executivo judicial à falta de propositura de embargos ou em caso de rejeição destes.

Mas pretende Fux a implantação de tutela da evidência de forma muito mais ampla, alcançando todos os níveis de satisfatividade

relativos a obrigações de qualquer natureza, em quaisquer processos ou procedimentos, sempre que haja evidência do direito. E assim entende por considerar inegavelmente desnecessário aguardar-se o desenrolar de um itinerário longo e moroso na busca de uma certeza que já se mostra realizada no limiar da demanda proposta em juízo.

A tutela antecipada instituída pela Lei 8952/94 no artigo 273 representou sem dúvida significativo avanço para a efetividade do processo. Porém, o novo instituto jurídico não trouxe, naquele instante (quando ainda inexistia o § 6º do artigo referido) solução satisfatória para questão da denominada por Fux tutela da evidência.

É verdade que o artigo 273, com a redação que lhe deu a Lei 8952/94, prestigiou, ainda que de forma tímida, a tutela da evidência, posto que autorizou ao juiz conceder a antecipação dos efeitos da sentença independentemente da existência de perigo de lesão grave ou de difícil reparação sempre que, presente a verossimilhança da alegação, agisse o réu com abuso do direito de defesa ou através de manifesto propósito protelatório.

A alteração legislativa de 1994 ficou entretanto muito aquém do desejo de Fux. A uma porque instituiu modalidade de tutela da evidência em caráter apenas provisório, não admitindo que o juiz poderia em alguns casos (como o de incontrovérsia de parte do pedido) julgar com base em juízo de certeza ainda que diante de uma instrução sumária. A duas porque condicionou a concessão da tutela antecipada aos casos em que se fizesse possível a reversibilidade da medida concedida, não admitindo a hipótese de solução em perdas e danos.

Em outras palavras, o fato é que aquela reforma não trouxe uma solução definitiva ao impasse da necessidade de utilização do moroso procedimento ordinário para questões de solução visivelmente mais simples que aquelas que só poderiam ser resolvidas através do esgotamento de todas as fases do referido procedimento.

Atento a esta necessidade, o legislador traz de fato à baila, ainda na minirreforma de 1994/1995, a ação monitória, um procedimento especial de jurisdição contenciosa através do qual pode ser suprimida toda a fase relativa ao processo de conhecimento, chegando-se através de um pequeno número de atos procedimentais à confecção do título executivo judicial sem a morosidade do procedimento ordinário.

Mas registre-se que, na forma como foi acolhida pelo Código de Processo Civil Pátrio, a ação monitória presta-se apenas à realização de pretensão de receber quantia em dinheiro, coisa fungível ou

bem móvel determinado e tão somente quando o autor dispõe de prova escrita sem eficácia de título executivo.

Os conflitos de interesse que girem em torno de obrigações de fazer e não fazer, bem como todos os demais nos quais o autor não disponha de prova escrita não se beneficiam do atalho criado pela ação monitória. E, nestes casos, não raro, o direito do autor salta aos olhos de forma tão evidente que fere ao bom senso exigir-lhe percorrer o longo caminho do procedimento ordinário para chegar à sua realização.

É fora de dúvida que fere ao senso comum de Justiça impor o mesmo longo caminho a dois autores para a realização do direito de cada um, quando um deles pretende direito discutível e altamente controvertido ou dispõe de frágil material probatório ao passo que o outro pretende direito que resta evidente desde o início do processo.

Note-se que, ainda à luz do pensamento Carneluttiano, a lide pode ser caracterizada como o conflito de interesse consistente não apenas na pretensão resistida, mas também na pretensão insatisfeita. Neste caso, por vezes o que se observa é uma situação em que o réu não tem condição fática de apresentar qualquer defesa séria em virtude da cristalinidade do direito pleiteado pelo autor.

É incontestável que um sistema jurídico justo deve prever um tratamento para situações em que o direito do autor (ou mesmo do réu) se mostre evidente, diferenciado das situações outras em que a controvérsia acerca do direito ou dos fatos insere no juiz a incerteza que precisa ser dissipada pela ampla instrução probatória.

Destarte, aponta o próprio bom senso no sentido da necessidade de um procedimento célere que possibilite não uma antecipação provisória dos efeitos da sentença, mas uma antecipação do próprio julgamento definitivo da demanda (neste sentido o art. 330 do Código de Processo Civil a permitir o julgamento antecipado da lide sempre que a controvérsia gire apenas em torno do direito ou dispense a produção de prova em audiência ou ainda quando se dê a revelia).

Mas também o instituto do julgamento antecipado da lide não se mostrou suficiente a resolver o problema da realização das tutelas evidentes. A uma porque em alguns casos já não se faria possível aguardar até o momento do julgamento antecipado da lide sem a ocorrência de prejuízo ao autor (aproximando-se neste particular a tutela de evidência da tutela de segurança de Fux, caracterizada pela necessidade de antecipação da tutela calcada na existência do *periculum in mora*). A duas porque noutros casos nos quais o direito

do autor já se mostra evidente, aguardar-se o decurso do procedimento ordinário até o momento em que se fizesse possível o julgamento antecipado da lide (e, por vezes do processo executivo que se faria necessário para a sua realização) implicaria em visível desprestígio ao Poder Judiciário e descrédito ao Estado na aplicação da Justiça. A três porque, por vezes, apenas parcela do direito se mostra evidenciada em juízo ao início do processo, não se fazendo possível a extinção do feito com o julgamento antecipado da lide em respeito à parte ainda controvertida da demanda.

Registre-se que à luz do art 330 do Código de Processo Civil só se faz possível o julgamento antecipado da lide quando se der a revelia ou a controvérsia não tornar necessária a produção de prova oral. Ademais, deve ser o juiz parcimonioso, como recomenda Fidélis dos Santos (2001, p. 414), oferecendo a ambas as partes a oportunidade de provar em audiência o que for do seu interesse, ainda que seja a mais tênue a dúvida quanto à ocorrência do fato objeto de controvérsia.

Marinoni (2002, p. 66-105) já defendia a necessidade de criar-se um instituto jurídico que permitisse ao magistrado o fracionamento do seu julgamento definitivo, antecipando-se de forma também definitiva a apreciação de parcela do pedido ou de um dos pedidos em caso de existência de pedidos compostos.

Ainda antes da reforma processual de 2002, já defendia o doutrinador o pensamento que veio a ser acatado (ao menos em parte) pelo legislador na referida reforma, consistente na tese de que o reconhecimento jurídico do pedido pode ser total ou parcial, sendo consequência do primeiro a extinção do processo com julgamento do mérito e do segundo a antecipação do julgamento da parte incontroversa do pedido.

O § 6º inserido no artigo 273 do Código de Processo Civil pela Lei 10.444 de 07 de maio de 2002 inspira-se visivelmente na sugestão de Marinoni de adoção pelo legislador daquilo que batiza com o nome de *tutela antecipatória fundada em cognição exauriente*, exatamente um exemplo do que Fux havia denominado *tutela da evidência*.

Trata-se, na proposta de Marinoni, de instituto mais avançado que a tutela antecipada pois, embora se tratando de decisão anterior à sentença, o caso seria de julgamento com base em juízo de certeza (decorrente da incontrovérsia de parte do pedido), não havendo assim que se exigir a reversibilidade da medida posto tratar-se de decisão definitiva, embora em forma de interlocutória.

Marinoni em verdade, mesmo antes da alteração legislativa referida, já entendia possível a antecipação provisória da tutela com

base em incontrovérsia de parte do pedido com fundamento no art. 273, II do Diploma Processual. É que para o autor, como restava expresso na primeira edição de sua obra, caso houvesse pedido suscetível de fracionamento, no qual parcela do direito não fosse mais objeto de controvérsia, qualquer defesa do réu que viesse a protelar a sua realização deveria ser considerada abusiva, tornando-se assim fértil o terreno para a concessão da antecipação dos efeitos da sentença com base no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

O grande mérito do pensamento de Marinoni consiste em, já antes da Lei 10.444 de 07 de maio de 2002, pretender a ruptura do dogma da unicidade do julgamento, reclamando ao legislador a criação de instrumento jurídico capaz de fracionar o julgamento definitivo do mérito da demanda, antecipando-se parte do julgamento final através de decisão interlocutória apta a gerar coisa julgada material, impossibilitando a reapreciação da mesma questão por ocasião da sentença.

O § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil vem, até certo limite, acolher o seu pensamento, embora de forma tímida, pois, ao menos de uma interpretação literal do dispositivo, não se conclui a possibilidade de julgamento definitivo de parte do mérito como reclamava o autor.

O fato é que, utilizando-se de critérios diversos de denominação dos provimentos jurisdicionais, a doutrina abalizada já reivindicava, ainda antes da reforma do Código de Processo Civil de 2002, instrumento eficaz capaz de materializar o direito que se mostrasse evidente no início do processo, mesmo quando dessa evidência não decorresse necessariamente um risco de lesão irreparável ou de difícil reparação para o seu titular.

A grita da doutrina, eco da reclamação generalizada dos operadores do Direito que, por sua vez, representava nítido indicativo da insatisfação popular com a ineficiência do sistema jurídico deitava, como ainda deita, suas raízes na exigibilidade de um processo eficiente, assim entendido um processo capaz de produzir seus efeitos práticos em tempo razoável, respeitando-se os princípios constitucionais.

A morosidade para a concretização de um direito que já se mostra evidente beneficia o réu que não tem razão em prejuízo do autor que possui melhor direito e confiou a solução do conflito de interesses ao Judiciário (como, aliás, lhe impunha a lei).

Tal morosidade gera assim injusto prejuízo para o referido autor e, por via oblíqua, descrédito para o Judiciário, implicando mesmo em desestímulo a potenciais autores que, tomando conhecimen-

to da morosidade operada terão mais um motivo para não ingressar em juízo por temerem que seu direito tenha igual sorte de se ver não realizado por longo tempo, especialmente quando se trata de réu que, utilizando-se de chicanas processuais, consegue manter-se em estado de não atendimento ao direito já evidenciado do autor, tirando disso, por vezes, alguma vantagem financeira.

O fenômeno contribui para o desprestígio do Poder Judiciário, mantendo-se os estados de conflito em sociedade e levando ao risco da deslegitimação do Poder para a pacificação social.

Em boa hora o legislador insere no ordenamento jurídico aquilo que toda a doutrina tem entendido uma homenagem à tutela da evidência denominada por Fux, ou à tutela antecipatória fundada em cognição exauriente como prefere Marinoni. Trata-se do §6º do art. 273 do Código de Processo Civil cujo alcance e profundidade tem encontrado diferentes interpretações doutrinárias e consistirão no objeto de estudo do capítulo seguinte.

## 2. O JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARTE DA LIDE

O legislador processual brasileiro tem buscado<sup>6</sup>, nem sempre com sucesso, alternativas a uma melhor prestação jurisdicional. Neste mister há, por vezes, ouvido os reclames da Doutrina.

Conforme exposto<sup>7</sup>, consistia em expectativa já manifestada pela Doutrina, a necessidade de prestação jurisdicional mais célere em casos onde o direito pleiteado já restasse evidenciado antes do final do processo, ainda que não houvesse perigo de lesão irreversível ou de difícil reparação.

Atendendo em parte aos anseios doutrinários<sup>8</sup> e dos próprios operadores do Direito, o legislador traz à baila em 07 de maio de 2002 a Lei nº 10444 inserindo o § 6º no art. 273 do Código de Processo Civil. Reza o dispositivo legal:

Art. 273 (...)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O parágrafo de lei mencionado não se ajusta com completa perfeição, em princípio, à pretensão da Doutrina mais abalizada<sup>9</sup> de criação de um instrumento processual possibilitador de concessão de julgamento definitivo, de forma célere, de parcela do pedido sempre que esta se mostre suficientemente evidenciada.

Registre-se que, no dizer de Fux (1996, p. 313), as hipóteses de direito evidente são mais amplas que a de pedido incontroverso<sup>10</sup>, única mencionada pelo legislador. De tal sorte que, numa primeira análise à luz de interpretação gramatical do texto legal, é forçoso concluir que a lei foi de pequena amplitude abrangendo apenas hipótese específica de inexistência de controvérsia (leia-se, à luz do art 302 do CPC, ausência de impugnação especificada) e não outras de direito evidenciado como, por exemplo, a existência de direito controvertido (contestado especificamente), mas demonstrado pelo autor através de prova emprestada de outro processo no qual fora respeitado o princípio do contraditório entre as partes.

E mais, utilizando-se ainda apenas de interpretação gramatical, a conclusão a que se chega é que o § 6º em enfoque refere-se ao *caput* do art 273, sendo portanto exigíveis para aplicação do referido parágrafo os requisitos impostos pelo *caput* deste artigo.

É dizer que a autorização legislativa criada pela Lei 10444 com a inserção do parágrafo já mencionado, à luz da referida interpretação, abrange tão somente hipóteses em que se faça presente a revogabilidade da medida com a reversão dos seus efeitos, tratando-se de concessão por meio de decisão interlocutória de tutela provisória que será mais tarde substituída por outra definitiva concedida por meio de sentença que poderá revogar ou confirmar o provimento inicial.

Outra não é a opinião de Bedaque (2003, p. 331), concluindo que o § 6º do art. 273 do Diploma Processual só se aplica em casos de possibilidade de revogação da medida concedida em sede de tutela antecipada com reversão dos seus efeitos, até porque o juiz pode, no início do processo, conceder a tutela antecipadamente, referente à parte não controvertida do pedido, e mais tarde, após instrução do feito, constatar a inexistência do referido direito impondo-se a sua revogação.

Assevera ainda o autor (Bedaque, 2003, p. 366 a 368) que o instituto criado pelo artigo de lei mencionado é modalidade de antecipação de tutela, não se podendo pretender atribuir ao mesmo força de julgamento antecipado da lide, ainda que parcial, que só poderia se dar diante de conjunto probatório exaustivo, possibilitando a produção de efeitos irreversíveis no plano material.

A lição do autor, embora bem articulada, deve ser recebida com reservas. Ao intérprete do Direito cabe o papel de extrapolar a interpretação gramatical, buscando o sentido do dispositivo legal interpretado em confronto com todo o ordenamento jurídico vigente (a isso se chama interpretação sistemática).

É princípio constitucional o direito ao devido processo legal para a solução dos litígios (art 5º, LIV), bem como o acesso à Justiça que, no dizer de Dinamarco (2001, p. 304) é, mais que um princípio constitucional, *a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.*

É ainda princípio do processo civil, entre outros, a efetividade do processo. Sob este prisma é de se observar que o devido processo legal consiste exatamente em um processo desenvolvido em tempo razoável, com tratamento isonômico às partes e capaz de entregar uma prestação jurisdicional justa e exeqüível, dando ao titular de um direito, na medida do possível, tudo e exatamente o que faz jus.

Procedendo-se, como se deve, a interpretação do art. 273, § 6º do CPC a este nível, conclui-se por um maior alcance do dispositivo que aquele dado exclusivamente pelo texto legal e acatado por Bedaque.

É de se afastar logo de início a pretensão de aplicar-se ao parágrafo mencionado toda a disciplina contida no *caput* do artigo ao qual se refere. E tal conclusão é inevitável posto que é requisito imposto pelo *caput* para a concessão da tutela antecipada a existência de *fumus boni juris* robusto, traduzido pela lei na expressão contraditória “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”.

Impossível conciliar o mencionado requisito imposto pelo *caput* com o novo instituto criado pelo parágrafo em estudo, posto que este se refere ao julgamento da parcela não controvertida do pedido.

Explica-se. À luz do art. 334, III c/c art. 302, ambos do Código de Processo Civil, independem de prova os fatos não controvertidos pelo réu. É dizer que a incontrovérsia de parcela do pedido autoriza o juiz a proceder a um julgamento com juízo de certeza e não de verossimilhança como ocorre quando da aplicação do *caput*.

Não se sustenta o argumento da impossibilidade de julgamento definitivo de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados antes do final do processo sob alegação de possibilidade de surgimento posterior de convencimento do juiz quanto à inexistência do direito não contestado. É que igual perigo existe de o juiz, após sentenciar o processo, enxergar elemento de convicção que lhe levaria a entendimento diverso daquele que expôs na sentença e, nesta hipótese, por força da coisa julgada já operada, também não poderá alterar sua decisão.

Em nome da segurança jurídica, não poderá o juiz alterar a sentença transitada em julgado ainda que posteriormente convenci-

do da sua injustiça. Nada há de novo portanto no impedimento em alterar posteriormente decisão interlocutória que julgue definitivamente um dos pedidos ou parcela deles, ainda que nova convicção surja no pensamento do juiz. Destarte, a sistemática que prestigia a segurança jurídica ainda que em prejuízo da aplicação da decisão mais justa preexiste ao § 6º em comento.

Nota-se pois que a colocação do novo instituto jurídico, criado pelo parágrafo aludido, no local em que se encontra representou má técnica legislativa. Merecia o dispositivo legal um artigo próprio, que não lhe foi dado pelo legislador.

Trata-se de instituto jurídico mais amplo que simples variação da tutela antecipada criada na reforma de 1994 pela redação então dada ao art. 273 do Código de Processo Civil.

Neste sentido manifestou-se Marinoni (2002, p. 226) afirmando que, considerado o direito constitucional à entrega de uma prestação jurisdicional justa, é inaceitável impor-se ao autor a espera para a realização de um direito que já se mostra incontroverso. Com base no § 6º sob enfoque, diz o autor, o juiz pode conceder antecipadamente a tutela baseado em juízo de certeza em contraposição àquele denominado verossimilhança, posto que o que se tem na hipótese é a tutela antecipada com base em cognição exauriente.

Conclui-se que o julgamento baseado no art. 273, § 6º se dá com base em juízo de certeza. Como tal, se trata de julgamento final, ainda que de apenas um ou uma parcela dos pedidos, não se podendo impor também como requisito a tal instituto jurídico a possibilidade de reversão dos efeitos da medida concedida por força da decisão, posto que, se o juiz se encontra suficientemente convencido (juízo de certeza) acerca do julgamento que deve proceder, autorizado se encontra a julgar a parcela incontroversa do pedido de forma definitiva.

A lição do doutrinador (Marinoni, 2002, p. 227) entretanto, é no sentido da obrigação imposta pelo texto constitucional ao legislador de criar uma estrutura procedimental que permita o fracionamento do julgamento definitivo, afirmando que por questão de política legislativa, a tutela antecipada baseada em cognição exauriente (leia-se art 273, § 6º do Código de Processo Civil) não faz coisa julgada material, podendo ser revogada por ocasião da sentença, embora não reconheça como requisito para a sua concessão a necessária revogabilidade da decisão concedida com base no parágrafo aludido.

Marinoni, que já defendia a possibilidade de concessão de tutela antecipada, mesmo antes do advento da Lei 10444 de 07 de maio

de 2002, sempre que parcela do pedido se mostrasse incontroversa<sup>11</sup>, entende que a inovação rompeu o dogma da unicidade da decisão, havendo permitido o julgamento de parte da demanda no curso do processo com base em juízo de certeza. Porém, reconhece que o legislador foi tímido, criando um instituto limitado, que não tem a força de gerar a coisa julgada material, sendo possível a modificação da decisão interlocutória que se baseou no parágrafo legal citado quando da prolação da sentença.

Já para Dinamarco (2003, p. 96) o legislador não foi tão longe, embora devesse fazê-lo. O autor conclama os tribunais a ouvirem o entendimento de Marinoni, a quem menciona expressamente, mas entende que tal entendimento não se encontra efetivamente autorizado pelo texto legal em comento, restando intacto o dogma (que reconhece inútil) da impossibilidade de fracionamento do que chama julgamento de mérito.

Não há que se confundir entretanto julgamento de mérito com julgamento definitivo. Mérito é a questão de fundo posta em juízo à espera de uma solução através da entrega da prestação jurisdicional. Ser enfrentada tal questão ou parte dela em sede de sentença ou decisão interlocutória não muda a sua natureza jurídica.

A decisão (*lato sensu*) que extingue o processo por carência de ação ou ausência incorrigível de pressuposto processual é sentença, embora não aprecie o mérito. E o é tão somente porque encerra a atividade jurisdicional de primeira instância no processo (art 162 CPC).

Da mesma forma, se faz perfeitamente possível a apreciação do mérito (ainda que de apenas parcela do pedido) em sede de decisão interlocutória (assim entendida a que não põe fim à atividade jurisdicional de primeira instância). Romper o dogma da unicidade da decisão de mérito reclama postura mais ousada que possibilite ao juiz proferir julgamento definitivo em momentos distintos dentro do procedimento, resolvendo a demanda em parcelas, conforme surja a sua convicção em juízo de certeza referente a cada parcela do pedido. Romper o dogma da unicidade da decisão de mérito é possibilitar ao juiz “adiantar” de uma vez por todas, parte do trabalho que executaria na sentença através de uma decisão interlocutória.

Este o sentido do § 6º introduzido no art 273 do Diploma Processual Pátrio. Os princípios da efetividade e do devido processo legal não vedam tal interpretação. Antes, a exigem. Fere a efetividade do processo, bem como a sua legalidade imposta pelo texto constitucional, a impossibilidade de o autor materializar parcela do seu di-

reito que já se mostra livre de discussão por força da inexistência de controvérsia.

O § 6º em exame, embora elaborado ao largo da boa técnica, traz ao ordenamento jurídico instituto novo que consiste em julgamento antecipado de parte da lide. Melhor colocado estaria o dispositivo na seção do julgamento antecipado da lide, em seqüência ao artigo 330 do Código Processual.

A sua má colocação porém, não impossibilita ao intérprete do direito assim entendê-lo, posto que a interpretação sistemática não pode deixar de considerar o conteúdo do artigo mencionado e ainda os artigos 302 e 334, III que estabelecem o juízo de certeza do julgador diante da ausência de contestação especificada<sup>12</sup>.

Trata-se, à luz dos artigos de lei mencionados, de julgamento definitivo, não se aplicando ao instituto a disciplina da tutela antecipada, que é em essência decisão provisória calcada em juízo de verossimilhança. O caso é de julgamento de um ou de parcela dos pedidos cumulados, através de decisão interlocutória apta a forma coisa julgada material.

Registre-se por oportuno que não apenas um dos pedidos cumulados ou parcela deles (como afirma a lei) pode ser deferido com base no art 273, § 6º do Diploma Processual, mas também, como afirma Ferreira (2002, p. 210-211) a parcela de pedido único que se ache contestado apenas em parte.

A afirmação de que o novo instrumento jurídico é modalidade de julgamento antecipado da lide não é de interesse exclusivamente acadêmico, tendo relevantes conseqüências práticas no campo da execução, que não será provisória, mas sim definitiva, não sendo de se aplicar à espécie a disciplina do art 588, imposta às demais modalidades de tutela antecipada por força da nova redação dada ao § 3º do art 273.

Neste sentido é incisiva a opinião de Didier (2003, p. 81) a afirmar o caráter exemplificativo do rol de títulos executivos contidos no art 584 do Código de Processo Civil, havendo outros ali não previstos, como seria o caso da decisão prolatada à luz do art 273, § 6º do mesmo Diploma.

Para o autor, a referida decisão opera a coisa julgada material, não se fazendo possível a sua alteração por ocasião da sentença e possibilitando-se a sua execução definitiva sendo de se expedir na hipótese uma "carta de decisão" a ser autuada em apartado à luz dos arts 589 e 590 aplicáveis por analogia à espécie.

Também Câmara (2003, p. 88/89) afirma a existência de nova modalidade de julgamento antecipado da lide, desta feita parcial, inaugurada pelo art 273, § 6º que não se afina com a disciplina do *caput* do mesmo dispositivo que trata de julgamento baseado em juízo de verossimilhança, o que não é o caso do novo instituto.

A morosidade processual (problema não apenas brasileiro mas, em maior ou menor grau, também de todo o mundo civilizado) é mazela que reclama do operador do Direito interpretação da lei à luz dos princípios processuais que estabelecem a necessidade de um procedimento que assegure a entrega de prestação jurisdicional justa, em tempo razoável e passível de efetivação prática.

Destarte, o novel instrumento jurídico criado pelo § 6º em estudo deve ser entendido como modalidade de julgamento antecipado de parte da lide a possibilitar o julgamento antecipado de parte da demanda que se mostre incontroversa.

### CONCLUSÃO

A morosidade processual é fenômeno daninho. A demanda que se alonga em juízo é fato gerador de frustração para o autor que vê o seu direito entregue aos cuidados do Estado não se concretizando em tempo oportuno, o que, não raro, lhe causa não só frustração, mas também prejuízos materiais.

Mais, o tempo dilatado do desenrolar do processo torna-se causa de desestímulo a potenciais autores que, convencidos da ineficiência do Estado enquanto solucionador de litígios, abrem mão dos seus direitos ou tentam defendê-lo por outras formas não autorizadas pelo ordenamento jurídico, chegando mesmo a se ver ameaçada a legitimação do Poder Judiciário.

Indesejável em qualquer modalidade de litígio, a morosidade processual se mostra mais prejudicial em demandas onde o decorrer do tempo implique em perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação para o titular do direito ou naquelas onde o direito do autor (ou parte dele) já se mostre evidenciado antes do final do processo e ainda não concretizado por não haver chegado o momento procedimental previsto para o julgamento.

Atento a este detalhe e atendendo até certo ponto aos reclames da Doutrina e à expectativa dos operadores do Direito, o legislador criou, através da Lei 10.444 de 07 de maio de 2002 que inseriu o § 6º no art 273 do Código de Processo Civil, a possibilidade para o juiz

de conceder “tutela antecipada” (terminologia utilizada pela lei) “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Embora o dispositivo se encontre inserido no bojo do art 273 que trata da tutela antecipada, a sua natureza jurídica é diversa, bem como as suas conseqüências, tratando-se em verdade de modalidade de julgamento antecipado de parte da lide.

Uma análise do novo instrumento jurídico, extrapoladora dos estreitos limites da expressão gramatical da lei, revela, com escoras em doutrinadores do peso de Marinoni e Fux entre outros, que o instituto da tutela antecipada não se encaixa com perfeição ao novel dispositivo legal.

A tutela antecipada é medida concedida com base em juízo de verossimilhança e, por isso mesmo, de forma provisória sujeita a alteração por ocasião da sentença, oportunidade na qual o juiz terá atingido a certeza necessária para o julgamento definitivo da questão.

Por se tratar de decisão provisória, o provimento judicial que concede a tutela antecipada não admite execução definitiva, devendo a mesma ser feita também de forma provisória, nos moldes do art 588 do Código de Processo Civil conforme determina o art 273, § 3º do mesmo Diploma.

O mecanismo inaugurado pelo art 273, § 6º possibilita o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados ou de parcela deles quando não haja controvérsia.

O referido parágrafo legal exige interpretação sistemática a fim de ser entendido em conjunto com o art 302 do Código Processual que estabelece a presunção de veracidade dos fatos não impugnados especificamente, ressalvadas as hipóteses contempladas no mesmo artigo como exceções (fatos que não admitam confissão; fatos que só possam ser provados por instrumento público; e fatos que estejam em contradição com a defesa considerada em seu conjunto).

O § 6º em comento, embora pareça só se referir a hipóteses de cumulação de pedidos, é perfeitamente aplicável aos casos em que há apenas um pedido e parte dele não é contestada, como no exemplo em que o autor pleiteia indenização por danos materiais no valor de R\$ 12.000,00 e o réu em sede de contestação concorda com a existência do dano e a obrigação de repará-lo, contestando apenas a sua extensão, afirmando que o valor indenizável importa em R\$ 4.000,00 (parte do pedido único que se mostra incontroversa).

Havendo pedido ou parcela de pedido não contestada pelo réu e não sendo um dos casos previstos como exceções pelo art 302, o

juizador atinge juízo de certeza, podendo julgar de forma definitiva a questão incontroversa.

Nenhuma novidade haveria no § 6º se não fosse esta a interpretação aplicável, posto que já se fazia, antes do seu advento, possível a concessão de tutela antecipada de forma provisória, baseada em juízo de verossimilhança, quando pedido ou parte dele se mostrasse incontroverso. E tal possibilidade se escorava no pensamento de que, em tal hipótese, o restante da defesa apresentada pelo réu se tornaria protelatória da parte incontroversa do pedido, tornando possível a antecipação da tutela com base no art 273, II do Diploma Processual.

O fato da decisão baseada no art 273, § 6º do Código de Processo Civil ter a forma de interlocutória não é empecilho à formação de coisa julgada material acerca da matéria por ela apreciada, posto que, na sistemática processual estabelecida pelo art 162 do nosso Código, o que caracteriza uma decisão como sentença ou interlocutória é o fato de, respectivamente, por ou não fim ao processo.

O julgamento na forma do § 6º em enfoque é definitivo por se basear em juízo de certeza, opera coisa julgada material após exercício do direito do recurso ou não utilização do mesmo dentro do prazo legal e possibilita a execução definitiva da questão julgada, sem prejuízo do normal andamento do processo de conhecimento a fim de solucionar a parte ainda controvertida do litígio.

A execução definitiva da decisão prolatada na forma do art 273, § 6º do Código de Processo Civil deve ser processada através de “carta de decisão interlocutória” a ser expedida com aplicação analógica dos arts 589 e 590 do mesmo Diploma Legal.

A interpretação sistemática do art 273, § 6º do Código de Processo Civil revela portanto que o dispositivo legal, em si mesmo, disse menos do que pretendia, ficando aquém da vontade da lei (e não do legislador, que é irrelevante para efeito de interpretação), estando a reclamar do operador do Direito interpretação extensiva.

Trata portanto, o dispositivo legal em comento, de nova modalidade de julgamento antecipado da lide até então desconhecida no nosso ordenamento jurídico, tornando agora possível o rompimento do dogma da unicidade da apreciação do mérito, para admitir o fracionamento da apreciação definitiva do litígio posto em juízo.

Espera-se que os juízes e tribunais pátrios atentem para a dimensão do novo instrumento criado pela lei a fim de lhe darem o tratamento merecido como julgamento antecipado de parte da lide.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 8. ed. rev. atual. segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova reforma Processual*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 18 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

<sup>1</sup> Há inúmeras teorias que tentam conceituar a Jurisdição. No ordenamento pátrio, grande relevância foi conferida a duas delas: As dos processualistas italianos Chiovenda e Carnelutti. Entendidas como complementares pela maioria dos doutrinadores brasileiros, as duas teorias têm no dizer de Câmara (2003, p. 66-69) como principal traço diferenciador o fato de que, para Carnelutti não se pode conceber a idéia de Jurisdição sem a existência de uma lide que é elemento essencial da sua formação, ao passo que para Chiovenda, a lide é um elemento apenas accidental da Jurisdição que independe da sua existência para atuar.

<sup>2</sup> Art. 272, parágrafo único do Código de Processo Civil.

<sup>3</sup> Só no Código de Processo Civil, contam-se quinze procedimentos de jurisdição contenciosa além de dez de jurisdição voluntária (que à luz da Doutrina Carneluttiana não são verdadeira expressão formal de processos jurisdicionais), havendo ainda diversos procedimentos diferenciados espalhados pela legislação esparsa.

<sup>4</sup> Note-se que o art. 273 institui a possibilidade concessão da tutela antecipada não apenas em virtude da existência do *periculum in mora* mas também por ocorrência de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

<sup>5</sup> Leia-se à luz do Código de Processo Civil, Tutela Antecipada.

<sup>6</sup> Registre-se a ocorrência de alterações significativas no Código de Processo Civil por força das Leis números 8950, 8951, 8952 e 8953, todas de 1994, das Leis 10352 e 10358, ambas de 2001 e da Lei 10444 de 2002.

<sup>7</sup> Veja-se o capítulo I.

<sup>8</sup> Sobre a influência da Doutrina na confecção da mencionada Lei, Didier (2003, p.67) asseverou: "O legislador, ao introduzir o § 6º no art. 273 do CPC, inspirou-se na obra de Luiz Guilherme Marinoni,

*Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, publicada pela Editora Revista dos Tribunais. Trata-se de obra em que o autor estuda hipóteses de antecipação da tutela com base no abuso do direito de defesa – pensada ainda sob o regime anterior à reforma de 2002”.

<sup>9</sup> Marinoni, Dinamarco, Bedaque, e Fux entre outros.

<sup>10</sup> Consulte-se o capítulo anterior.

<sup>11</sup> O autor baseava tal entendimento na afirmação de que, nestas circunstâncias, qualquer defesa que implicasse retardamento da concretização da parte do pedido que se mostrasse incontroversa se mostraria protelatória, sendo aplicável à hipótese o inciso II do mesmo artigo.

<sup>12</sup> Ressalvados os casos previstos na própria lei e aplicáveis extensivamente à hipótese, nos quais os efeitos da revelia não se operam (arts 302 e 320 do Código de Processo Civil).



## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONSTRUÇÃO DO DIREITO POSITIVO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E UMA CONQUISTA DA SOCIEDADE

**Simone de O. Fraga, juíza da 3ª Vara Cível da Capital.**

A conquista da Dignidade da Pessoa Humana enquanto valor social, moral ou ético, tem como característica a capacidade de o homem adaptar tanto aos aspectos internos de sua personalidade, quanto superar os obstáculos naturais do ambiente onde vive. Mas enquanto norma, utilizando a afirmação de Paulo Nader, “A vida em sociedade pressupõe organização e implica na existência do Direito. A sociedade cria o Direito no propósito de formular as bases da justiça e segurança. Com este processo as ações sociais ganham estabilidade. A vida social torna-se viável. (...) O Direito não é, portanto, uma fórmula mágica capaz de transformar a natureza humana. Se o homem em sociedade não está propenso a acatar os valores fundamentais do bem comum, de vivê-los em suas ações, o Direito será inócuo, impotente para realizar a sua missão<sup>1</sup>”.

Neste estudo, tentaremos apresentar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como instrumento do Direito Positivo Constitucional Brasileiro, e nos propomos ainda a demonstrar que é conquista de uma Sociedade Livre e Democrática a formação do Direito, como também é função desta mesma sociedade a luta pela sua efetividade.

O título nos remete à discussão da influência de outras disciplinas como a sociologia, a ciência política, a filosofia, a ética, e a moral, sobre a ordem jurídica em geral, e à análise do Direito Positivo Constitucional.

Cumprindo ressaltar que o nosso estudo não se propõe a adentrar no campo filosófico da questão.

### **1. A DIGNIDADE HUMANA, DIREITO NATURAL OU DIREITO POSITIVO**

Uma das grandes lutas por que passaram todos os povos na história da humanidade foi estabelecer um conceito mais justo do que seria dignidade da pessoa humana levando-se em consideração cada forma em que o Poder se estabelece em cada sociedade, e sua

relação com as camadas ou classes sociais que a compunham. “Durante séculos a organização política foi o objeto por excelência de toda reflexão sobre a vida social do homem, sobre o homem como animal social, como *politikón zoon*, onde em *politikón* estava compreendido sem diferenciação o hodierno dúplice sentido de “social” e “político”<sup>1</sup>.

Rousseau, em 1762, apresentou sua obra o *Contrato Social* “o homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhadoo”<sup>2</sup>, antes da Revolução Francesa de 1789, não obstante ser esta também intitulada por revolução burguesa, com todas as características desta classe social hegemônica e por consequência detentora do império da força, foi alçado a da patrono da Revolução. Se o homem quando nasce é livre, temos que a dignidade humana é condição inerente a sua natureza, por que razão fez-se necessário torná-la um direito positivo é precisamente este o cerne da questão.

Todos os juristas e filósofos são unânimes em afirmar que a família é a própria gênese do Estado, e analisando as relações familiares desde a Roma antiga temos o modelo patriarcal. O pai tinha o poder de vida e de morte sobre seus filhos, o nascimento biológico com vida não pressupunha o direito de mantê-la, até que o pai o tomasse nos braços e o levantasse. Vislumbra-se neste gesto que o direito à vida, como um dos aspectos do princípio da dignidade humana, está diretamente ligada ao gesto do pai em reconhecê-lo<sup>3</sup>.

Portanto, até o momento do reconhecimento do filho pelo pai se encontrava dentro da esfera privada do cidadão romano, na esfera do seu pátrio poder, o destino de cada criança que nascia em sua casa, sem nos atermos ao problema da divisão de classes sociais, pois, teríamos que adentrar nas suas várias formas de governo e, portanto, a forma como o poder se estabeleceu e se dividiu em cada uma destas formas.

Conclui-se, portanto, que não obstante ser a dignidade com todos os significados e valores que esta palavra pode comportar, um direito natural do ser humano, esta somente pôde ser compreendida a partir de atos que tivessem significado no ordenamento jurídico de cada sociedade.

No caso brasileiro, além do momento histórico anterior à Constituição de 1988, o que fez o legislador constituinte originário colocar entre os Fundamentos da República, a Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, no mesmo artigo define o Brasil como Estado Democrático de Direito?

## 2. ESTADO E SOCIEDADE

Dos temas mais discutidos pelos juristas de todas as épocas é a questão do Estado, da Sociedade e do Direito, sendo que este último seria consequência do primeiro e como tal espelha a forma como o Poder se apresenta em cada Estado, e sua relação com a sociedade.

Neste primeiro momento a palavra Direito será utilizada no sentido de conjunto de todo o Ordenamento Jurídico, não obstante não termos a pretensão apresentarmos uma Teoria do Direito, mesmo porque não é esse o objetivo desse estudo, apresentaremos os conceitos para efeitos de melhor sistematização do tema proposto.

Começamos pelo próprio conceito de Direito, o qual por se encontrar tão intrinsecamente ligado à teoria política e à teoria do Estado, tomaremos a definição de Kelsen, ante a sua preocupação em definir a ciência jurídica independente da influência de outras disciplinas, “sistema de normas que regulam o comportamento humano”<sup>1</sup>.

O comportamento humano que é relevante para ser regulado pelo Direito, são aqueles necessários para a sobrevivência da sociedade, e por consequência para a perpetuação do Estado, que “pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social”<sup>2</sup>.

O Estado Moderno se apresentou a partir do momento em que o homem como indivíduo, passou a figurar como parte deste mecanismo, tomando consciência de sua importância para a continuidade do poder ou da supremacia estatal.

O Estado ao mesmo tempo que se apresenta como garantidor da segurança das relações interpessoais dos indivíduos que compõem a sociedade ou um conjunto de sociedades, cria mecanismos inibidores de condutas anti - sociais que possam colocar em risco os indivíduos que o compõem, e por via de consequência, podem colocar em risco a sua própria existência.

Ao indivíduo, agora sujeito de direitos, cabe reconhecer internamente a supremacia do ente estatal, e externamente defender a soberania deste em relação aos outros Estados. Chega-se ao contratualismo, portanto, para justificarmos a perenidade do Estado, seu Poder Supremo, na ordem interna, e sua Soberania na ordem externa.

Aqui destacamos o fato de que deixamos de tratar a questão da sociedade como coletividade de indivíduos, para tratarmos também do indivíduo como ser isolado, tendo em vista que esta concepção está mais condizente com o Estado Democrático de Direito, e com o estágio atual dos direitos do homem, considerando a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Brasileiro, e princípio informador de toda a Constituição e de todo o nosso Ordenamento Jurídico.

### **3. AS FONTES DO DIREITO, A NORMA, E A QUESTÃO DA VIGÊNCIA E DA EFICÁCIA**

Na definição de Norberto Bobbio, as fontes do direito são “aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”<sup>1</sup>, as quais na disposição do mesmo jurista estariam dividida em normas de conduta e normas de estrutura, estas últimas regulam a produção de outras normas<sup>2</sup>.

A definição de norma não é de todo simples, pois muitas das vezes a palavra está empregada, também corretamente, para tratar de todo o ordenamento jurídico de determinado país. No caso presente numa definição da norma considerada isoladamente, como sendo “é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. (...)Na verdade a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui um sentido é um ser”<sup>3</sup>.

Na inteligência do Constituinte Originário, a Dignidade da Pessoa Humana elevada fundamento do Estado Brasileiro, ou seja, alicerces do próprio Estado Brasileiro devem nortear todo o ordenamento jurídico posterior, ou a sua interpretação, conforme averbou Luiz Roberto Barroso, “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”<sup>4</sup>.

Ainda na lição do mesmo jurista, é o princípio uma norma, pois, superada a distinção que havia entre o princípio e a norma.

Analisemos de forma particular a Dignidade da Pessoa Humana, com a distinção dada pelo autor acima citado quando distingue os princípios quanto ao seu conteúdo, como os “princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo”<sup>5</sup>, os quais se encontram no artigo 1º caput da Constituição Federal.

Qual a natureza jurídica da Dignidade da Pessoa Humana enquanto inserido na Constituição Federal, no caput do artigo 1º, para tratarmos da questão inerente a sua vigência e eficácia.

Entramos mais uma vez no campo de estudo da norma, agora a teoria das normas constitucionais. Historicamente, a teoria da norma constitucional evoluiu à medida que se modificou o perfil do Estado e da Sociedade após a Declaração de Direitos de 1789.

Num primeiro momento, diante da postura antiabsolutista da sociedade da época, com o perfil da ideologia liberal burguesa da época, instituiu-se o modelo de Constituição, escrita e rígida, com conteúdo ideológico onde se “racionalizou como também institucionalizou a filosofia de antagonismo ao poder e ao Estado, representando uma sociedade que a Constituição despolitizara quase por inteiro, em afirmação e honra de postulados liberais”<sup>6</sup>.

A doutrina constitucional do século XX, não reconhecia o valor das Declarações de Direito, distinguindo “o valor político das declarações do valor jurídico das garantias dos Direitos”<sup>7</sup>. A Constituição Belga de 1832 foi o marco inicial da transformação deste pensamento, uma vez que, “resume a plenitude jurídica de instituições que entraram na História debaixo de designação de Estado de Direito”<sup>8</sup>.

Com a evolução das teorias constitucionais, as Constituições Liberais deixaram de ser apenas uma declaração política de conteúdo ideológico, o perfil constitucional tornou-se eminentemente jurídico, sendo que destituída de qualquer conteúdo disciplinador das relações sociais. “À Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando n relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade”<sup>9</sup>.

O Estado Social, veio a modificar o enfoque da teoria constitucional, pois, se no Estado Liberal imperava o individualismo, no social buscou – se o restabelecimento da relação entre o Estado e a Sociedade, dando à Constituição seu perfil jurídico, e não somente político como a fase anterior, reconciliando estes dois conceitos. “Reconstruindo o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compre-

ensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo<sup>10</sup>”.

Com efeito foram classificadas as normas constitucionais em normas programáticas ou diretivas e normas não programáticas. Atualmente, considerando-se a questão da aplicabilidade e eficácia, foi criada a teoria da tripartição, no caso brasileiro a mais utilizada foi formulada por José Afonso da Silva, o qual classifica as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, e normas constitucionais de eficácia ilimitada ou reduzida, estas últimas dividem-se em dois grupos, definidoras de princípios institutivo e as definidoras de princípio programático<sup>11</sup>.

Como o próprio nome indica, as normas programáticas na definição de Crissafulli, citado por Paulo Bonavides, conforme transcrevemos abaixo:

“Nessa acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limites destes”<sup>12</sup>.

Dentre as classificações acima, sem sombra de dúvida o Princípio da Dignidade Humana se encontra entre as normas programáticas, ou definidoras de princípios programáticos, na lição de José Afonso da Silva, já citado. Se encontrando no corpo da Constituição, se encontra a norma vigente, “Com a palavra vigência designamos a existência específica de uma norma”<sup>13</sup>. Ainda, citando Kelsen, “como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e

não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia(...). Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada(...)14.

Ocorre que por se tratar de normas que trazem no seu bojo um conteúdo de abstração e imprecisão muito grande, muitos constitucionalistas negam o seu caráter jurídico e, portanto, nega-lhe também eficácia.

Na subjetividade e abstração da norma programática se encontra o problema de sua aplicabilidade, adentrando superficialmente na questão de a quem a mesma é dirigida, pois, alguns, as entendem apenas como normas diretivas que estariam dirigidas apenas ao legislador e apenas a este vinculando.

Temos ainda na lúcida lição de Paulo Bonavides a resposta para este problema, conforme segue abaixo:

*“Em suma, urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habituados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária”<sup>15</sup>.*

#### 4. CONCLUSÃO:

Diante dos problemas teóricos relacionados às normas de conteúdo programático, em cuja classificação se encontra o Princípio da Dignidade Humana, temos o problema de torná-la efetiva, e esta realização está diretamente ligada a interpretação dada à Constituição, bem como quem são os seus intérpretes.

Aos intérpretes é dado a atribuição de transformar o que é formalmente uma norma de direito de conteúdo abstrato, em direito material, ou norma concreta, Dignidade da Pessoa Humana, como Princípio que Fundamenta o Estado Democrático de Direito, da República Federativa do Brasil, tem esta característica de abstração,

portanto, seu caráter é diretivo, e informador de normas futuras, no caso do texto constitucional, lhe são conexos, artigo 5º, XIII, 6º, 7º, 8º, 194/ 204, 226 § 7º; EC 31/00.

Além das normas constitucionais e infra - constitucionais, o Princípio da Dignidade Humana, no nosso modesto entender deve ser observado por todas as espécies de normas, tanto as leis em seu sentido estrito nascidas do legislador constitucional (derivado) e infraconstitucional, como também as normas em sentido lato, ou seja, as sentenças judiciais, os atos normativos emanados do Executivo, desde que realizado por quem tem o poder-dever de fazê-lo, considerando ainda os seus intérpretes quanto a sua função na organização do Estado.

Mas adequando-se ao momento atual, em que as Constituições Modernas tem como base os direitos do homem, portanto, papel da sociedade, ou do indivíduo nesta nova interpretação, é diretamente proporcional a harmonia de forças entre estes e o Estado. "Direitos do homem, democracia e paz, são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem condições mínimas para solução pacífica dos conflitos"16.

As formas de participação da Sociedade neste processo de tornar eficaz e objetivo o Princípio da Dignidade Humana da pessoa humana, é exercido na prática diária da cidadania, colocando em movimento os instrumentos de controle e participação popular no mecanismo do Estado, seja através da participação popular na escolha de seus governantes, bem como nas formas de controle de seus atos postos a sua disposição, ou através da utilização das ações constitucionais ou do controle de constitucionalidade difusa, aplicado ao caso concreto.

Aqui não fazemos distinção a respeito qual seria a composição da sociedade, nem mesmo a trataremos pela denominação *sociedade civil*, tendo em vista que tal distinção comportaria maiores estudos, ante a forte influência da ideologia, economia, política, moral e ética e o próprio momento histórico, dada a esta definição.

Apenas nos referimos à sociedade como um todo, ou um complexo de várias sociedades ou classes sociais, sem adentrarmos na questão da hegemonia, não obstante reconhecermos que tanto a interpretação da Constituição, quanto à efetividade e o exercício da cidadania tem interligação com quem é a classe hegemônica ou dirigente de cada Estado, mormente em países em que a Democracia nem sempre esteve na ordem do dia, como é o caso do Brasil.

Concluindo, tanto na ordem interna quanto externa se faz necessário tornar efetivo todos os mecanismos previstos na Constituição para eficácia dos direitos individuais, os quais além de outros devem vir informados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ante sua localização na própria Constituição.

Os de 1ª geração, os direitos individuais que estabelece uma ruptura na relação entre o Estado soberano e o Cidadão, priorizando-se esta relação sob o ângulo deste último, nascidos da necessidade de defesa de novos direitos contra velhos poderes<sup>17</sup>.

Os de 2ª geração, ou sociais, liberdade religiosa, liberdade política, e liberdades sociais, nascidos das guerras religiosas e embate de classes<sup>18</sup>.

Os de 3ª geração, ou transindividuais, ligados ao direito de viver num ambiente ecologicamente saudável, também o direito do consumidor<sup>19</sup>.

Os de 4ª geração, que tratam das conquistas da ciência no campo da biologia e da genética, que envolvem uma discussão ética<sup>20</sup>.

Os de 5ª geração, que tratam da realidade virtual, que adentram inclusive no campo do direito internacional ante as questões relativas a internet<sup>21</sup>.

Não temos a pretensão de exaurir o assunto, pois, este envolve uma infinidade de questionamentos e aspectos a serem abordados, mas esperamos ter contribuído para o estabelecimento do debate entre os operadores do direito, ou futuros operadores do direito, bem como, com a esperança de plantar uma semente mesmo entre aqueles que não têm na sua lida diária o universo jurídico.

Por fim, que sejam plantadas as sementes da verdadeira cidadania, não como dádiva do Estado e dos seus Governantes, mas como uma conquista diária da Sociedade e dos Indivíduos que a compõem, e que o Princípio da Dignidade Humana possa ser vivido no dia-a-dia a começar pelos gestos mais simples, como cortesia e urbanidade na convivência social.

Bobbio, Norberto. *Estado Governo e Sociedade, Para uma Teoria Geral da Política*, Paz e Terra, Política, 1987.

Rousseau, J.J.- *O Contrato Social*, Tradução: Antonio de Pádua Danesi, Martins Fontes, São Paulo, 2001.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução: João Batista Machado, Martins Fontes, 2000.

Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed. UNB, 1999.

Barroso, Luiz Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, São Paulo, 1996.

Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., Malheiros Editores, 1998.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*, 17ª ed. Campus-1992.

Brandão, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Habitus, Florianópolis, 2001.

<sup>1</sup>1. Nader, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*, pág.19, 7ª Edição, Rio de Janeiro, 1992.

Dignidade Humana, Direito Natural ou Direito Positivo.

1. Bobbio, Norberto – *Estado, Governo Sociedade*, pg. 60, Paz e Terra, Política, 1987.

2. Rousseau, J.J. – *Contrato Social*, pg.9, Martins Fontes, São Paulo, 2001.

3. Áries, Philippe e Duby, Georges (diretores) - *História da Vida Privada-Do Império Romano ao ano mil*, Vol. 1, pg.23. Companhia das Letras, 1992.

Do Estado e da Sociedade.

1. Kelsen, Hans – *Teoria Pura do Direito*, pg. 5, Martins Fontes. São Paulo, 2000.

2. Bobbio, Norberto. Obra citada no item 1. do título 1, pg.27.

As Fontes do Direito, a Norma e a questão da vigência e da eficácia

1. Bobbio, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª edição, fls. 45, editora UNB, 1999.

2. Bobbio, Norberto, Idem obra anterior, fls. 45.

3. Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, pg.06, Martins Fontes, São Paulo, 2001.

1. Barroso, Luiz Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição* - pg. 142 Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

2. Barroso, Luiz Roberto, idem obra citada no anterior, pg. 141.

3. Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, pg. 201 Malheiros Editores-1998.

4. Bonavides, Paulo, Obra citada no anterior, pg 205.

5. Bonavides, Paulo, Obra citada no anterior, pg. 206.

6. Bonavides, Paulo, Obra citada no anterior, pg.206.

7. Bonavides, Paulo, Obra citada no anterior, pg. 210.

8. Bonavides, Paulo. Obra citada no anterior, pg.217.

9. Bonavides, Paulo. Obra citada no anterior, pg.221.
10. Kelsen, Hans. Obra citada no item 1. do título 1, pg.11.
11. Kelsen, Hans. Obra citada no item 1 do título1, pg.11.
12. Bonavides, Paulo. Obra citada no item 6, do título 3, pg. 223.
13. Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, pg. 1, Editora Campus.
14. Bobbio, Norberto, Obra citada no item 16, pg.6.
15. Bobbio, Norberto, Obra citada no item 16, pg.6.
16. Brandão, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*, Pg. 124. Habitus Editora. Florianópolis, 2001.
17. Brandão, Paulo de Tarso. Obra citada anterior, pg.124.
18. Brandão, Paulo de Tarso. Obra citada anterior, pg. 124.

Bibliografia:

Nader, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ª ed. Forense, rio de Janeiro 1999.



## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: UM ESTUDO À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

**José Anselmo de Oliveira, Juiz de Direito do TJSE. Mestre em Direito pela UFC, Professor de Direito da UNIT/SE. Professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Professor convidado da Universidade Estadual da Bahia na pós-graduação.**

Sumário: Introdução. 1. A culpa na atualidade. 2. Culpa civil e culpa penal. 3. Contrato médico e cláusula de não-indenizar. 4. Dano médico. 5. Liquidação do dano médico. 6. Responsabilidade civil por infecção hospitalar. 7. Responsabilidade civil em anestesiologia. 8. Responsabilidade em cirurgia plástica. Conclusões.

Resumo: O presente artigo trata da questão da responsabilidade civil dos profissionais de saúde à luz da nova legislação civil brasileira a partir da edição do novo Código Civil de 2002, dando ênfase à definição da culpa e dano médicos e ainda à realidade com o avanço das técnicas e da tecnologia a serviço da medicina, sem esquecer a modificação do prazo prescricional em se tratando da obrigação de reparar os danos.

Palavras-chave: direito civil - responsabilidade civil - responsabilidade civil dos profissionais de saúde - culpa médica - dano estético - dano moral.

### INTRODUÇÃO

O tema em questão é tão antigo quanto a própria idéia da civilização humana. Assim como a vida e a morte, a saúde e a doença. Não por outro motivo que desde a antiguidade entre os sumérios, por volta de 3800 a.C., antes mesmo do Código de Hamurabi, rei babilônico que teria compilado leis e decretado seu código por volta de 1.900 a.C. já se legislava sobre a responsabilidade dos cirurgiões.

Os arqueólogos descobriram registros do exercício da atividade médica entre os sumérios, em especial de cirurgiões, foram descobertas também normas que responsabilizavam estes profissionais quando não agissem com a prudência e a diligência necessárias no cuidado da saúde dos pacientes<sup>1</sup>.

Não existem dúvidas sobre a evolução dos meios colocados à disposição dos profissionais da saúde ao longo do tempo. Do exercício de uma medicina primária que desbravava os limites do conhecimento sobre o próprio corpo humano e sobre as drogas e seus efeitos curativos até o momento atual da medicina eletronicamente monitorada, da engenharia genética, da robótica a serviço de cirurgias e da avançada tecnologia de informação à disposição da medicina, no entanto, insubstituíveis são o zelo, a responsabilidade e o compromisso ético destes profissionais.

O direito como ciência moral, e, portanto, ética, regulando o que em determinado espaço físico e temporal é a conduta adequada naquele momento cronológico está ligada a todas as ciências.

Assim, o direito regula comportamentos, e por força da sua natureza de dever-ser impõe sanções quando há o seu descumprimento, podendo ser impostas através do uso do Estado por meio do Poder Judiciário, tanto no campo civil como no penal. No caso, específico dos profissionais de saúde, as sanções também podem ser administrativas implicando na proibição do exercício da atividade temporária ou definitivamente através dos seus órgãos de fiscalização da atividade profissional, os Conselhos Profissionais.

A vida sempre foi considerada como um bem de valor inestimável, fundamental. A garantia de que a vida é essencial induz ao reconhecimento de que há de se vislumbrar além do fato do existir com vida, a necessidade de que esta vida seja de qualidade, onde a doença e os males físicos e mentais devam ser tratados com efetividade para garantir a vida e a sua melhor qualidade possível.

Não seria outro o papel dos profissionais de saúde: garantir uma vida digna, de qualidade, usando todos os meios necessários, disponíveis e todos os conhecimentos existentes para isto.

Portanto, a responsabilidade nasce da obrigação que os profissionais de saúde têm de através do seu conhecimento de agir de forma prudente, diligente e adequada, para garantir a vida com qualidade.

Evidentemente que é preciso ter em mente a natureza da atividade exercida pelos profissionais de saúde que, em regra, exercem atividade cuja obrigação é de meio, sem poderem assim garantir o resultado diante da falibilidade humana.

Há, porém, exceções. Especialmente na chamada cirurgia plástica estética ou de embelezamento, na maioria dos tratamentos ortodônticos e também hoje nos resultados de determinados exames diante da desenvolvida tecnologia a serviço da medicina.

Não se pode esquecer que a atividade médica atualmente é um sistema complexo onde organizações empresariais assumem papel relevante como os hospitais, clínicas, planos de saúde, cooperativas, etc..., e a própria função do Estado (União, Estados e Municípios) na prevenção e na erradicação de doenças, implicando em formas de responsabilidade distintas e nem por isso menos importantes.

Não se pode olvidar diante desse sistema complexo de saúde que os profissionais antes exemplo de profissionais liberais hoje, em grande parte, encontram-se na condição de trabalhadores com vínculo empregatício, seja com empresas particulares ou com o Estado, estas novas relações jurídicas trabalhistas também se refletem na questão da responsabilidade civil, ampliando o leque de possíveis responsáveis por eventuais danos ao paciente.

Enfim, os profissionais de saúde têm a obrigação de agirem de modo ético e técnico com o melhor desempenho possível e esperado, sob pena de serem responsabilizados civilmente ou criminalmente conforme a situação, sem prejuízo de outras sanções de natureza administrativa. Os órgãos, empresas, cooperativas e quaisquer pessoas jurídicas que exerçam alguma atividade ligada a serviços médicos também estão sujeitos a serem responsabilizados civilmente.

No Brasil, desde o período colonial, quando vigoravam as ordenações do Reino de Portugal, já existiam normas que previam a responsabilidade dos médicos, parteiras e assemelhados, tanto civis como penal. E, a partir do Código Civil brasileiro de 1917, considerado no mundo inteiro como um dos mais importantes, a responsabilidade civil se fez expressa em seu art. 1545:

*“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, incapacitação de servir, ou ferimento.”*

Com o advento da Constituição brasileira de 1988 o Estado passou a ter por obrigação, para atender o direito fundamental de proteção do consumidor e o princípio da nova ordem econômica de defesa do consumidor<sup>2</sup>, legislar sobre a proteção do consumidor, e em 1990 nasceu o Código de Defesa do Consumidor que vinha regular as relações entre consumidores e fornecedores de produtos e de serviços, incluindo-se nestes últimos os profissionais de saúde.

Após quase 30 anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada a Lei nº 10.406 de 10.01.2002, que vem a ser o novo Código Civil do Brasil que passou a vigorar em 12 de janeiro de 2003.

O novo Código Civil é a mais nova legislação que trata sobre a matéria da responsabilidade civil, e neste, o legislador não perfilhou a especificidade da responsabilidade médica como fez o código revogado, tendo feito a opção por não limitar a situação da culpabilidade dos profissionais de saúde para efeito de responsabilização.

### 1. A CULPA MÉDICA NA ATUALIDADE

Evidencia-se a culpa independentemente da intenção, basta a simples voluntariedade de conduta que seja contrária as normas determinantes da prudência ou perícia comuns (ALTAVILLA, 1950)<sup>3</sup>.

A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. No caso da culpa médica onde está em jogo a vida humana, não há culpas “insignificantes”.

A boa doutrina francesa que moldou o princípio geral da responsabilidade civil presente na lei civil reproduz a declaração de Bertrand de Greville de que toda pessoa é responsável por seus atos, e se esse ato causa algum dano a outrem, sem dúvida é obrigado a repará-lo aquele que, por sua culpa, o tenha causado.

A diferença entre o dolo e a culpa está em que no dolo há um ato ou omissão voluntária e intencional para causar o dano, enquanto na culpa o dano é gerado pela imprudência ou negligência do agente, e sempre de maneira comissiva, ou seja, sempre através de uma ação.

O novo Código Civil não adotou a regra expressa no código anterior em seu art. 1545, deixando assim ilimitado o campo da averiguação da culpa e do dever de indenizar dos profissionais de saúde.

O art. 186 do novo Código Civil diz que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”, correspondendo ao art. 159, do antigo Código Civil, só que expressamente reconhecendo a existência do dano moral puro. Assim é que o art. 927, do novo Código Civil, determina que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Vê-se que à luz do novo Código Civil o determinante da culpa médica é a verificação da negligência ou imprudência e da existência do dano, ainda que apenas moral.

É de se notar que deverá existir um vínculo entre a conduta do profissional e o dano, o que, diga-se de passagem, na medicina é tarefa difícil em razão da existência de diferentes reações para diferentes pacientes, e muitas vezes da interdisciplinaridade na terapêutica.

Daí, que sendo a obrigação do médico, em regra, de meio, é necessário que se identifique todos os passos dados para reconstruir a conduta do agente.

Nesse passo, a prova pericial é importante dado o seu caráter científico, entretanto, é bom registrar que em juízo todas as provas têm caráter relativo, na lição de João Batista Lopes<sup>4</sup>.

Na apreciação da culpa médica, segundo Tereza Ancona Lopez de Magalhães<sup>5</sup> devem ser observados alguns princípios gerais:

1. quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;

2. o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;

3. a questão do consentimento do paciente em cirurgia em que há o risco de mutilação e de vida é essencial;

4. o mesmo assentimento se exige no caso de tratamento que deixe seqüelas, como, e.g., na radioterapia. E age com culpa grave o médico que submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso;

5. dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária;

6. não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, se um bem superior - a própria vida do enfermo - o exigir;

7. outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada - e levada em consideração;

8. nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata - cirurgia plástica estética propriamente dita, por exemplo - a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor."

A despeito da dificuldade de se mensurar a culpa médica, Cunha Gonçalves<sup>6</sup> lembra de que não se deve exigir do juiz aprofundadas discussões científicas. Qualquer juiz medianamente culto e imparcial poderá responsabilizar médico que, dentre outros exemplos: a) cometeu erro material, escrevendo centigrama em vez de miligrama, ou cloreto, quando o correto seria clorato, advindo conseqüências danosas pela errônea prescrição medicamentosa; b) esqueceu no corpo do paciente instrumentos cirúrgicos ou gaze; aproximou um termocautério da pele do doente ainda úmida de álcool; d) realizou intervenção cirúrgica perigosa apenas para corrigir ligei-

ra imperfeição física que nenhuma influência tinha na saúde do operado, não sendo este sequer avisado de tal perigo.

A culpa em *stricto sensu* por força da legislação civil em vigor e capaz de gerar a obrigação de reparar o dano se verifica quando ocorre a negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo.

Na imprudência verifica-se que houve ação que não observou a cautela e a prudência necessárias e normais em cada caso.

A imperícia é fruto da falta de observação das normas e procedimentos técnicos da profissão. É imperito também quem não possui a devida qualificação e conhecimentos para exercer determinado ofício ou profissão. Assim, o médico que não tem especialização em cirurgia plástica age com imperícia. O médico que usa técnica ou procedimento cirúrgico já abandonado por não oferecer segurança ao paciente.

## **2. CULPA CIVIL E CULPA PENAL**

O mesmo fato ilícito pode gerar vários efeitos de natureza civil, penal, e também, administrativo.

A conduta do médico por ação ou omissão, quando causar danos, ainda que apenas morais, pode gerar responsabilidade civil ou penal - ou as duas.

Objetivamente a culpa civil e a culpa penal têm em comum que ambas causam um dano para um bem jurídico considerado - a saúde do paciente.

Há diferenças que precisam ser conhecidas. A culpa penal se caracteriza por sua tipicidade, a conduta proibida deve encontrar-se descrita na lei penal - o que não ocorre na culpa civil. Com relação às conseqüências de uma e outra, estas são distintas: a culpa penal pressupõe a cominação de uma pena, enquanto a culpa civil gera o direito à reparação ou recomposição do dano. Por fim, a responsabilidade penal é de caráter pessoal, enquanto a civil pode ser estendida a outras pessoas, inclusive jurídicas.

## **3. CONTRATO MÉDICO E CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR**

Atualmente tem se tornado comum, em alguns tratamentos médicos, em especial os cirúrgicos, a estipulação de cláusulas de irresponsabilidade, ou, cláusulas de não-indenizar.

Analisando o campo da responsabilidade penal verifica-se que nenhum efeito possui esse tipo de cláusula, porquanto o direito de punir (*jus puniendi*) do Estado é exercitado haja ou não interesse do particular, em regra.

O tema avulta quando se trata de responsabilidade civil, diante da indagação: seria válido que médico e paciente pactua-se antes de iniciado o tratamento a exclusão da responsabilidade civil do médico? Ou ainda, seria válido, já limitar o valor de uma possível indenização?

Primeiramente, analisando a atividade do médico, este tem o dever profissional de envidar todos os esforços, toda a técnica e tecnologia existente para obter a cura do paciente. Este é acima de tudo um imperativo ético.

Por outro lado, sendo uma obrigação de meio, já naturalmente há uma limitação da responsabilidade do médico, já que sua obrigação somente nascerá de um erro manifesto. Existindo, por assim dizer, uma cláusula tácita de irresponsabilidade do profissional de saúde.

A doutrina, em sua grande maioria, se posiciona pela invalidade desse tipo de cláusula, por entender que o respeito devido ao ser humano, em sua dignidade, e mais ainda, no direito à incolumidade é irrenunciável, inclusive por seu próprio titular.

O direito à vida é um direito fundamental, logo, por sua natureza, é irrenunciável, é inalienável. Portanto, insuscetível de ser objeto de pacto que exclua a sua reparação.

Não se confunda a obrigação do cirurgião de informar ao paciente, ou se não for possível, aos seus familiares, sobre os riscos de uma intervenção cirúrgica ou de um tratamento perigoso, e de tomar por escrito o consentimento do paciente ou do seu responsável.

#### **4. DANO MÉDICO**

O conceito de dano para efeito da responsabilidade civil é necessário que o agente agindo por omissão ou ação com negligência, imprudência ou imperícia, tenha causado dano a alguém.

O dano, portanto, é elemento constitutivo da responsabilidade civil. Não pode haver a obrigação de indenizar sem a presença do dano, ainda que somente moral.

Na responsabilidade médico-hospitalar deve existir um dano ao paciente de qualquer tipo ou espécie: uma lesão a direito (à vida, à integridade física, à saúde), ou lesão de um interesse legítimo, danos patrimoniais ou morais.

Os danos médicos podem ser físicos, materiais ou morais.

Os danos físicos são relevantes na atividade médica, e podem ser observados elementos variáveis que podem ser indenizados separadamente, conforme a invalidez, por exemplo, seja parcial ou total, permanente ou temporária.

Os danos materiais, ou patrimoniais, em sua maioria são conseqüências dos danos físicos: lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros, entre outros. Relevante é quando sobrevém o evento morte, surge também o pagamento de pensão alimentícia aos beneficiários privados do seu mantenedor.

Os danos morais incluem os danos estéticos, a dor sofrida, o mal-estar advindo de danos causados à esfera das relações sexuais, a frustração pela abrupta interrupção de uma atividade ou profissão, entre outros, especialmente situações vinculadas aos direitos da personalidade.

O dano estético, em especial, mereceu uma tese de doutoramento de Tereza Ancona Lopez de Magalhães<sup>7</sup>, em que reconhece que a beleza física e a harmonia das formas externas de alguém são um bem jurídico sujeito à lesão.

É evidente que é preciso ser o dano estético uma lesão duradoura, e não apenas um dano físico reparável pela via normal do dano comum. Porém, não é apenas o aleijão. Qualquer enfeamento ou alteração que, embora mínima, leve a vítima a se sentir excluída socialmente ou provoque um sentimento de inferioridade, de humilhação, deve ser reconhecido como dano estético.

A extensão do dano estético é fundamental para que seja fixada o *quantum* da indenização, que deverá ser objeto de arbitramento pelo juiz.

O dano estético é, com efeito, dano moral propriamente dito.

Além do dano estético, outros danos de natureza imaterial (dor, saudade, tristeza, intranqüilidade) podem ocorrer. Estes seriam também danos morais que também podem ser causados por culpa da atividade médica.

## 5. LIQUIDAÇÃO DO DANO MÉDICO

A liquidação do dano consiste na determinação do valor a ser pago, a título de indenização, em face do dano pelo causador em benefício do lesado ou de quem tenham legitimidade para tal.

No caso de morte, o responsável pelo dano arcará com as despesas de tratamento que tenha tido o falecido, seu funeral, luto da família, assim como pelos alimentos a quem a vítima os devia.

As despesas com funeral incluem gastos com o velório, féretro, transporte, aquisição de terreno em cemitério e, até, de lápide adequada à condição econômico-social do falecido.

O luto da família é dano moral decorrente da dor da ausência, e também pela saudade, devendo ser arbitrado com equilíbrio pelo magistrado. Todavia, não deve se constituir apenas ao pagamento das vestes de luto, fato que hoje em dia é até mesmo irrelevante.

O dano moral, de um modo geral, deverá ser fixado pelo juiz de forma a considerar tanto as condições da vítima como as condições do responsável, de forma que não se constitua para o primeiro uma forma de enriquecimento indevido, e nem para o outro a sua falência.

A pensão alimentícia é devida àquelas pessoas que dependiam dos ganhos da vítima, devendo ser considerado o abatimento de um terço como despesas da própria vítima, devendo ser fixado no máximo em dois terços dos ganhos declarados da vítima e durante o período em que se vivo estivesse teria a obrigação.

Deve cessar o pensionamento quando ocorrerem as mesmas condições exigidas pela lei para a exoneração do alimentante, p. ex., a maioria do filho, o casamento da viúva ou sua união estável, casamento da filha ou sua união estável.

No tempo está limitado o pagamento da pensão, em regra, a 65 anos, observando-se a sobrevivência da vítima após o evento, que é em média o tempo de vida do brasileiro.

A pensão quando for por invalidez permanente será vitalícia, ou seja, enquanto a vítima viver. A invalidez parcial também será paga durante toda vida, diferindo apenas em relação à permanente no valor que deve guardar proporção à extensão dos danos.

Uma alteração significativa feita pelo novo Código Civil foi no prazo de prescrição da obrigação de reparar o dano que passou a ser de apenas 03 anos quando era de 20 anos, conforme o art. 205, § 3o., inciso V, do novo código.

## **6. RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFECÇÃO HOSPITALAR**

Os hospitais podem ser responsabilizados pelos atos dos seus empregados, sejam médicos ou corpo de enfermagem, pessoal ad-

ministrativo e de segurança, e, em especial por decorrência de infecção hospitalar.

O fato de hospitais concentrarem pessoas doentes é evidente que o índice de insalubridade é significativo, podendo ser aumentado este índice se as medidas profiláticas não forem adotadas pelos nosocômios.

Para se ter idéia da magnitude deste fato causador de muitos danos a pacientes, é só verificar que em 1990 mais de 1 milhão de brasileiros contraíram infecção hospitalar e destes 53 mil morreram<sup>8</sup>.

A gravidade do assunto fez com que o Ministério da Saúde impusesse desde 1983 a partir da Portaria 196 um rigoroso controle da contaminação ambiental de hospitais e casas de saúde, sendo obrigatória a constituição e manutenção de Comissão de Controle de Infecção Hospitalar - independentemente da entidade mantenedora do nosocômio.

No caso da responsabilidade civil por infecção hospitalar a responsabilidade aqui é objetiva, e quem deverá provar que não deu causa ou provar a exclusão da responsabilidade é o hospital, acontecendo aqui a inversão do ônus da prova.

## 7. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ANESTESIOLOGIA

A especialidade da anestesiologia, que ganhou esse *status* somente após a década de 50 no Brasil, teve um desenvolvimento fenomenal com o avanço tecnológico e a descobertas de novas drogas anestésicas. Apesar disso, ocorre um acidente anestésico a cada 5.000 operações<sup>9</sup>. A mortalidade por reações alérgicas em anestesia é de 1:20.000 casos. O número dessas reações, entretanto, é de 1:500 casos, com uma tendência de crescimento.

Os principais erros do anestesista foram catalogados por João Batista de Oliveira e Costa Jr<sup>10</sup>, que são: a) Erros de Diagnóstico - na avaliação do risco anestésico; resistência ao ato operatório; análise dos dados indispensáveis à aplicação da anestesia (ao anestésicar cardíacos, falta de medicação pré-anestésica); o anestesista deve dispor de todos os elementos para a escolha do anestésico cabível; recomenda-se muita prudência, completo exame psicofísico e exames de laboratório; b) Erros de Terapêutica (ou de conduta do anestesista) - pré-medicação ineficaz (tipo ou dosagem errada); erro do tipo ou dosagem dos anestésicos; negligência durante o ato cirúrgico; deixar o paciente sem vigilância permanente; após a conclusão da cirurgia,

deixar de combater o estresse cirúrgico; c) Erros de Técnica - uso de gás explosivo durante operações realizadas com bisturi elétrico ou termocautério; uso de anestésico local em paciente hipersensível; uso inadequado de substância anestésica; posição imprópria do doente durante o ato, lesões nervosas ou traumáticas ( aqui o cirurgião também responde); oxigenação insuficiente (deve ser avaliada intermitentemente); excesso de anestésico; morte anestésica; lesões de olhos e da pele; lesões provocadas pela máscara; lesões provocadas pela agitação do paciente durante o ato anestésico; pneumonia causada por éter líquido nos pulmões.

## 8. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA

O desenvolvimento de novas técnicas e de novos materiais, e o culto estético presente no tempo atual, uma das modalidades de cirurgia mais realizadas no mundo inteiro é a cirurgia plástica.

Devem ser consideradas tanto as cirurgias plásticas estéticas e, portanto, embelezadoras, como as cirurgias plásticas reparadoras. Nas primeiras a discussão atual na doutrina é de que o avanço científico permite que seja considerada uma obrigação de resultado, enquanto as segundas, obrigação de meio.

Evidentemente que em ambas podem ocorrer os danos já descritos anteriormente, o que torna significativo agora, é o modo de se apurar a responsabilidade.

A jurisprudência tem entendido que no caso de cirurgias estéticas a responsabilidade é objetiva, logo não há necessidade de a vítima provar a culpa do cirurgião, basta a existência do dano e a relação de causalidade, ou seja, ter sido decorrente da cirurgia:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL - MÉDICO - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - CIRURGIA PLÁSTICA - ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL - COBRANÇA DO SALDO DOS HONORÁRIOS - PRESCRIÇÃO - Procedência, em parte, da ação e improcedência da reconvenção. A responsabilidade civil do médico, como sabido, é contratual, sendo a obrigação, em princípio, de meio e não de resultado. Todavia, em se tratando de cirurgia plástica, a*

*obrigação é de resultado, assumindo o cirurgião a obrigação de indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação. Demonstrando o inadimplemento, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico a obrigação de demonstrar que não houve culpa ou que ocorreu caso fortuito ou força maior. Indenização pelos danos de ordem material e moral. Procedência, em parte, da ação, por ter sido excluído o pedido de dote. Prescreve em um ano a ação para cobrança de honorários médicos, contado o prazo a partir da data do último serviço prestado. Tendo isso ocorrido em maio de 1993 e a reconvenção protocolada em outubro de 1994, caracterizada está a prescrição. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJRS - AC 597183383-RS - 3a. Câm. Cív. - Rel. Des. Tael João Selistre - j. 05.03.1998)".*

Nas cirurgias reparadoras a responsabilidade será subjetiva, ou seja, há necessidade de que seja demonstrada a imprudência, a negligência ou imperícia do cirurgião.

### CONCLUSÕES

Não há dúvidas sobre a possibilidade de ser responsabilizado o profissional de saúde, em especial o médico, civilmente como até mesmo criminalmente.

Necessária a existência da culpa *stritico sensu* e a presença de danos, bem como da relação de causalidade.

Os cuidados que devem ser observados na conduta médica são os mesmos que qualquer profissional cioso do seu dever deva ter: ser prudente, atento e preparado tecnicamente.

As instituições e as associações médicas têm o dever de contribuir para a redução de erros médicos através do incentivo ao treinamento e ao domínio das novas tecnologias, bem como a um comportamento ético que se afine a importante missão de curar.

### NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 SITCHIN, Zeharia. 12o. Planeta. São Paulo: Editora Best Seler, 1978, pp. 51-52.

2 Ver os arts. 5o., inciso XXXII, e o 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

3 ALTAVILLA, Enrico. La colpa. Roma: Dell'Ateneo, 1950.

4 LOPES, João Batista. Anual das provas no processo civil. Campinas: Kennedy, 1974.

5 MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. Responsabilidade civil - Doutrina e jurisprudência (Coord. Yussef Said Cahali). São Paulo: Saraiva, 1984.

6 CUNHA GONÇALVES, Luiz da. Tratado de direito civil. São Paulo: Max Limonad, 1957, v. 12, t. II.

7 MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopez de. O dano estético. São Paulo: RT. 1980.

8 *Folha de Londrina*, Londrina, 27.08.1991, p. 8. in Infecção: um desafio nos hospitais do Paraná, artigo de Sandra Nassar.

9 *Revista Veja*, 02.05.1990

10 COSTA JR., João Batista de Oliveira e. Aspectos médicos-legais da anestesia, apud Miguel Kfoury Neto, Responsabilidade Civil do médico, 4a. ed.. São Paulo: RT, 2001.



# REGIMENTO

*Esquese*

Escola Superior da Magistratura de Sergipe

## **REGIMENTO DA REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE**

(Anexo à Resolução nº 004/2003 – ESMESE, de 7 de abril de 2003)

### **I - DENOMINAÇÃO E FINALIDADES**

Art. 1º - A Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE) é uma publicação científica da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, órgão do Poder Judiciário do Estado de Sergipe.

Art. 2º - A Revista da ESMESE tem por finalidades:

I - Divulgar os trabalhos técnicos e científicos produzidos por magistrados e operadores do Direito colaboradores, no nível estadual, nacional e internacional na área das ciências jurídicas;

II - Fomentar no meio da magistratura sergipana o debate teórico-pragmático da aplicação do Direito;

III - Servir de canal de expressão da produção do corpo docente e discente da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

### **II - PERIODICIDADE, ESTRUTURA E DISTRIBUIÇÃO**

Art. 3º - A Revista da ESMESE terá periodicidade semestral.

Art. 4º - A Revista da ESMESE será composta das seguintes seções:

1. Editorial/apresentação;
2. Artigos;
3. Resenhas;

Parágrafo Único - Além dessas seções, a revista também poderá apresentar, quando for o caso:

1. Comunicações em Congressos e Encontros científicos;
2. Comunicação de pesquisas em andamento;
3. Comunicação de pesquisas concluídas;
4. resumos de dissertações e teses.

Art. 5º - A revista será distribuída por pelo menos uma das seguintes modalidades, conforme as possibilidades na época da publicação:

1. Impressa em papel no padrão das normas técnicas brasileiras;
2. *On-line*, em endereço eletrônico próprio na Internet;
3. Em CD-ROM.

### III - DIREÇÃO

Art. 6º - A Revista da ESMESE será dirigida de acordo com a seguinte estrutura:

1. Direção Editorial
2. Conselho Editorial
3. Conselho Científico

Art. 7º - A Direção Editorial será exercida por magistrado que exerça o magistério superior, e será escolhido por meio de eleição entre os membros do Conselho Editorial, para um mandato de dois anos, com a possibilidade de reeleição por, no máximo, um mandato consecutivo.

Art. 8º - São funções da Direção Editorial:

1. Enviar e receber ofícios e demais correspondências inerentes e correlatas ao exercício do cargo;
2. Manter contato com Instituições congêneres e Instituições de Ensino Superior e Agências de Fomento e Apoio à Pesquisa e Publicações Científicas, para divulgação e intercâmbio e captação de recursos para o financiamento da revista;
3. Buscar, em conjunto com a Direção da Escola Superior da Magistratura, patrocínio para suporte das despesas de custeio da revista;
4. Convocar, quando necessário, o Conselho Editorial;
5. Manter a Direção da Escola Superior da Magistratura informada acerca das questões pertinentes à revista;
6. Prestar contas das atividades perante a Direção da Escola Superior da Magistratura.

Art. 9º - O Conselho Editorial será composto pela Direção Editorial e mais dois magistrados nomeados pela Direção da Escola Superior da Magistratura.

§ 1º - O mandato dos membros do Conselho Editorial será de dois anos, sendo permitida a recondução sem limite de vezes consecutivas.

§ 2º - Os membros do Conselho Editorial devem ser de magistrados.

§ 3º - São atribuições do Conselho Editorial:

1. Emitir, quando solicitados, dentro de sua competência acadêmica, pareceres científicos em materiais enviados à revista para publicação.

2. Atender, quando solicitados, à convocação da Direção Editorial para reuniões.

3. Contribuir para a manutenção de elevado padrão científico da revista.

Art. 10 - O Conselho Científico da Revista será composto por até 20 (vinte) professores e pesquisadores reconhecidos, titulados como Doutores ou Mestres, magistrados ou não, convidados pela Direção Editorial após ouvir a Direção da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, para mandato por prazo indeterminado, obedecendo à conveniência da revista e do próprio conselheiro.

Art. 11 - São atribuições do Conselho Científico:

1. Fornecer pareceres científicos sobre materiais enviados para publicação na revista.

2. Contribuir com a Escola Superior da Magistratura de Sergipe na avaliação das atividades da Revista da ESMESE.

Art. 12 - As atividades dos conselheiros editoriais e científicos não será remunerada.

#### **IV - NORMAS PARA PUBLICAÇÃO**

Art. 13 - A Revista da ESMESE é aberta a magistrados, professores e pesquisadores do Direito e de áreas afins e conexas, do Estado de Sergipe, do Brasil e do Exterior.

Art. 14 – Os materiais para publicação deverão obedecer aos seguintes requisitos:

1. Serem inéditos no Brasil.
2. Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitados os limites do gênero de publicação e o bom senso.
3. Serem redigidos preferencialmente em língua portuguesa; trabalhos em outros idiomas deverão ser acompanhados necessariamente de um resumo em português.
4. Trazerem título que corresponda com clareza à idéia geral do trabalho.
5. Apresentarem um resumo de no máximo 250 palavras e um *abstract* em inglês com igual teor.
6. Apresentarem, no mínimo três e no máximo cinco palavras-chave em português e inglês.
7. Trazerem, quando for material elaborado sob orientação, o nome a titulação do professor orientador.
8. Caso a pesquisa tenha apoio financeiro de alguma instituição, esta deverá ser mencionada.
9. O autor deverá identificar-se indicando sua vinculação institucional, titulação acadêmica, cargo que ocupa, áreas de interesse e últimas publicações.
10. As traduções deverão vir acompanhadas da autorização do autor e do original.
11. Os trabalhos deverão ser encaminhados em arquivos compatíveis com o padrão MS Word para Windows. Os arquivos poderão ser enviados por e-mail ou disquetes.
12. As notas explicativas e referências bibliográficas deverão ser colocadas na página de referência. As referências bibliográficas deverão seguir as normas da ABNT, em ordem alfabética na última página.
13. Os trabalhos deverão ser encaminhados juntamente com autorização para publicação. Os autores aceitam, quando do envio dos seus trabalhos, a cessão dos direitos autorais dos mesmos para a Revista da ESMESE.
14. Somente serão encaminhados para apreciação os trabalhos que obedecem às normas dos itens 1 a 13, deste artigo.

15. Os autores cujos trabalhos forem aprovados para publicação receberão cinco exemplares da revista, e, excepcionalmente, por decisão do Conselho Editorial, um exemplar e dez separatas em papel de sua produção.

16. Os originais não publicados não serão devolvidos, salvo se o interesse do autor for manifestado.

Art. 15 - Todos os artigos apresentados à Revista da ESMESE serão submetidos à apreciação de dois pareceristas. Havendo pareceres contrários, os artigos serão encaminhados a um terceiro parecerista.

§ 1º - Em caso de necessidade, a Direção Editorial poderá enviar artigos específicos para parecerista *ad hoc*, não integrante dos seus conselhos, observando-se o critério utilizado para a escolha dos membros do Conselho Científico.

§ 2º - Será garantido o anonimato de autores e pareceristas no processo de avaliação dos artigos.

Art. 16 - Cabe à Direção Editorial a decisão referente à oportunidade da publicação dos trabalhos recebidos.

Art. 17 - Os trabalhos devem ser enviados para:

Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE  
Rua Pacatuba, 55 - 7º. Andar  
Anexo Administrativo Gov. Albano Franco, Centro  
Aracaju - Sergipe  
CEP: 49010-040

Correio ou pessoalmente:  
E-mail: [esmese@tj.se.gov.br](mailto:esmese@tj.se.gov.br)

Art. 18 - Este regimento entrará em vigor quando de sua aprovação pelo Conselho Editorial e Direção da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, e deverá ser publicado no *Diário da Justiça*, para conhecimento de todos os interessados.

Art. 19 - As modificações neste regimento, após a sua aprovação, só poderão ocorrer em reunião da Direção da Escola Superior da Magistratura de Sergipe e do Conselho Editorial.