

Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE, n° 09. 2006

©REVISTA DA ESMESE

Conselho Editorial e Científico
Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz Netônio Bezerra Machado
Juiz João Hora Neto
Desembargador Cezário Siqueira Neto
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: José Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica Editora J. Andrade Ltda.

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. 3214-0115 Fax: (079) 3214-0125
http: www.esmese.com.br
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 9, 2006.

Semestral

1. Direito - Período. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador José Alves Neto

Subdiretores de Curso
Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Larissa Barreto de Rezende

Subdiretora de Administração
Ana Patrícia Souza

SUMÁRIO

Sumário

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

O BEM DE FAMÍLIA, A FIANÇA LOCATÍCIA E O DIREITO À MORADIA
João Hora Neto.....15

DIREITO PENAL DO INIMIGO – PROPOSTA OU CONSTATAÇÃO?
Daniela Carvalho Almeida da Costa.....57

A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE
Marcelo Cerveira Gurgel.....65

PRERROGATIVAS DO ADVOGADO CRIMINALISTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O DIREITO DE DEFESA COMO CONTRAPONTO À FORÇA ESTATAL
Evânio Moura.....79

DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E DA APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES APÓS A DESCLASSIFICAÇÃO NO PROCEDIMENTO DO JÚRI
Eudóxio Cêspedes Paes.....101

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO
Eugênia Maria Nascimento Freire.....115

CONSÓRCIOS PÚBLICOS: ALGUMAS REFLEXÕES FACE À LEI 11.107/05
Pedro Durão.....135

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: BREVES NOTAS DE ROMA À IDADE MÉDIA
André Luiz Vinhas da Cruz.....147

BREVE ANÁLISE SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO E SEU CABIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha.....157

A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N°45
Jean-Claude Bertrand de Góis.....175

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM SISTEMA JURÍDICO POUCO CONHECIDO
Janara Pereira César Santos.....187

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
Genésia Marta Alves Camelo.....209

A CRISE DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO
Arnaldo de A. Machado Júnior 219

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
Fernanda Cristina Souza Matos.....241

A NEUTRALIDADE NO DIREITO DE GUERRA
Leila Poconé Dantas.....259

A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM ADIN GENÉRICA
Daniel Aguiar de Figueiredo Neto.....269

O CONCEITO DE ATIVIDADE JURÍDICA E A RESOLUÇÃO Nº 11/2006 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
Marcos Antonio Garapa de Carvalho.....297

APRESENTAÇÃO

Cumprindo o seu papel na formação continuada dos magistrados e contribuindo para o permanente debate das questões dogmáticas e filosóficas do direito é que de maneira ininterrupta se edita a *Revista da Esmese*.

Nesta edição a contribuição de magistrados, professores, procuradores de estado, advogados e outros operadores do direito foi fundamental para a continuidade dessa tarefa nobre que é a divulgação científica de maneira criteriosa e de modo a efetivamente se tornar instrumento da faina jurídica.

Os mais recentes acontecimentos de violência no Estado de São Paulo que chocaram o mundo inteiro nos convidam a uma reflexão sobre o papel do estado e o papel do direito no Estado Democrático de Direito, por isso é muito bem-vinda a contribuição da Professora Doutora Daniela Carvalho Almeida Costa sobre "o direito penal do inimigo".

Não menos significativa a contribuição do mestre e magistrado João Hora Neto com seu artigo sobre a questão do bem de família diante do instituto da fiança locatícia e do direito à moradia.

No mais, todos os artigos selecionados para esta edição, com toda certeza, ajudarão na compreensão do fenômeno jurídico em seus diversos ramos.

A Escola Superior da Magistratura de Sergipe continua firme na sua tarefa e no seu compromisso com a preparação e o aperfeiçoamento dos operadores do direito e também na construção diuturna do saber jurídico.

É a hora da convocação para o nosso próximo número. Aguardamos sua colaboração.

Juiz José Anselmo de Oliveira
Presidente do Conselho Editorial e Científico

DOUTRINA

O BEM DE FAMÍLIA, A FIANÇA LOCATÍCIA E O DIREITO À MORADIA

João Hora Neto
Juiz de Direito

"Quem dá às Constituições realidade não é nem a inteligência que as concebe nem o pergaminho que as estampa: é a Magistratura que as defende."
Rui Barbosa

"...Chegou um tempo em que não adianta morrer.
Chegou um tempo em que a vida é uma ordem.
A vida apenas, sem mistificação."
Carlos Drumond de Andrade

RESUMO: De origem norte-americana, o bem de família ingressa no Brasil via Código Civil de 1916, sob a modalidade voluntária. A espécie legal só surge com a Lei 8.009/90, que adota a impenhorabilidade como regra geral, mas a Lei 8.245/91 cria uma nova exceção à impenhorabilidade, tornando penhorável o bem de família do fiador locatício. A Emenda Constitucional nº 26/2000 introduz um novo direito social, o direito à moradia, nascendo a controvérsia sobre a recepção ou não da Lei 8.009/90 em face da Emenda. O STF entende não haver incompatibilidade, admitindo a penhora do bem de família do fiador da locação. Diferentemente do Supremo, entendo que o contrato de locação deve ser regido pelo CDC e CC, na esteira do direito civil constitucional. Ao fim, sugiro que o Governo reestruture o seguro de fiança locatícia.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família – Lei 8.009/90 – Fiança locatícia – Emenda constitucional nº 26/2000(direito à moradia) – Controvérsia sobre recepção ou não da Lei 8.009/90 – Decisão do STF pela recepção – Contrato de locação de adesão, o CDC e o CC – Meu entendimento pela não recepção à luz do direito civil constitucional — Proposta de *lege ferenda* (seguro fiança locatícia).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve histórico do bem de família; 3. Conceito de bem de família; 4. Histórico do bem de família no direito brasileiro; 5. Espécies de bem de família; 5.1 Bem de família voluntário; 5.2 Bem de família legal; 5. 3 Distinção entre bem de família voluntário e bem de família legal; 6. A fiança locatícia e a Lei 8.009/90; 7. A fiança locatícia e o art. 82 da Lei 8.245/91; 8. A Emenda Constitucional nº 26 e o direito à moradia; 9. Controvérsia sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício; 9.1 Razões dos adeptos à tese da penhorabilidade; 9.2 Razões dos adeptos à tese da impenhorabilidade; 10. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal; 11. O contrato locatício, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil; 12. Meu posicionamento jurídico: o direito civil constitucional e uma proposta para a abrandar a voracidade do mercado locatício; 13. Conclusão; 14. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

A motivação desse artigo deve-se à enorme importância social do instituto do bem de família, desde o seu surgimento, na República do Texas, com o advento da Lei do *Homestead*, em 1839, objetivando não só povoar o imenso território americano, mas, fundamentalmente, proteger a família com a isenção de penhora sobre a casa de moradia. Difundiu-se pelos Estados Unidos da América, que passou a adotar o *Homestead* federal, apresentando-se sob duas formas, o formal e o legal.

No Brasil, foi adotado pelo Código Civil de 1916, Parte Geral, Livro dos bens, sob a modalidade apenas voluntária, não tendo havido aceitação pela população, mormente em razão das formalidades exigidas para a sua constituição, estando também previsto no Novo Código Civil, no Livro de Família, com pequenas alterações em relação ao Código de Bevilácqua, mas também sob a modalidade voluntária.

Todavia, com a edição da Lei 8.009/90, o instituto difundiu-se largamente, vez que o bem de família passou a ser legal, ou seja, prescindindo da interveniência do proprietário do imóvel, posto que ditado pelo Estado, que passou a excluir da penhora o imóvel residencial de qualquer brasileiro, rico ou pobre, em face de execuções de qualquer espécie, salvo algumas poucas exceções.

O mercado de locação retraiu-se com o surgimento da Lei 8.009/90, razão pela qual o artigo 82 da Lei 8.245/91 alterou o artigo 3º da Lei 8.009/90, acrescentando mais uma exceção à regra geral da impenhorabilidade, tornando assim penhorável o bem de família do fiador locatício, até então impenhorável.

A partir daí a questão tornou-se controversa – tendo aumentado ainda mais com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000, vez que introduziu o direito à moradia no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, resultando no aparecimento de duas correntes de pensamento: a primeira, que advoga a penhora do bem de família do fiador da locação e admite a recepção da Lei 8.009/90 pela Emenda Constitucional e, a segunda, que sustenta a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, em razão da não recepção da exceção do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 pela emenda referida.

A questão resultou deveras polêmica, quando então, só recentemente, o STF entendeu, por maioria, não haver incompatibilidade entre a lei e a emenda mencionadas, concluindo pela recepção da lei infraconstitucional e pela penhorabilidade do bem de família do fiador da locação.

Pessoalmente, discordo da posição do Supremo, na esteira dos votos minoritários e da corrente que advoga a não recepção ou incompatibilidade entre a Lei 8.009/90 e a Emenda Constitucional nº 26/2000. Nesse sentido, pois, sustento que o contrato locatício, como assim difundido no Brasil de hoje, mormente nas médias e grandes cidades, é um contrato de adesão e de consumo, devendo assim ser regido, em simbiose, pelas principiologias consumerista e civilística, além do que pelos postulados do direito civil constitucional.

Dessarte, defendo que para abrandar o voraz mercado imobiliário e, portanto, afastar a penhora do bem de família do fiador da locação — faz-se necessário que o Governo, mediante o Dirigismo Estatal, reestruture o seguro fiança locatícia, que praticamente inexiste, à vista da abusividade praticada pelos agentes bancário e securitário, em detrimento do locador e das regras cogentes da Lei do Inquilinato, sendo esse um microssistema jurídico valiosíssimo, mormente numa sociedade injusta e estratificada como a nossa, com imenso déficit habitacional.

2. BREVE HISTÓRICO DO BEM DE FAMÍLIA

O instituto do bem de família teve origem nos Estados Unidos da América do Norte, precisamente na República do Texas, com a edição da Lei do *Homestead*, em 26 de janeiro de 1839. O significado da expressão *Homestead* reporta-se ao local do lar(*home*=lar; *setead*=local), surgida em defesa da pequena propriedade e que objetivava proteger as famílias radicadas na República do Texas.

As razões históricas do instituto derivam, ainda que em apertada síntese, no fato de que, para fins de ocupação do imenso território americano, mormente a partir da independência dos Estados Unidos, inúmeras levas de imigrantes obtiveram empréstimos bancários às largas, especularam à vontade, mas em seguida vieram as crises econômicas, por volta de 1837 a 1839, com o fechamento de inúmeros bancos, ocasionando uma monumental derrocada econômica e o conseqüente empobrecimento da população; e, por conseguinte, as execuções se deram, tendo os devedores que entregarem, para a satisfação dos créditos, bens irrisioriamente avaliados, em detrimento dos altos valores por eles pagos antes da crise.

Diante desse cenário, pois, a República do Texas editou a Lei do *Homestead*, de 26 de janeiro de 1839, assim vazada, *verbis*: "De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *fieri facias* ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 doláres, todos os instrumentos(utensílios, ferramentas) de lavoura(providenciando para que não excedam a 50 doláres), todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos

entre as partes, feitos até agora(Digest of the Laws § 3.798)", *apud Álvaro Villaça de Azevedo*[1].

Em síntese, a referida lei do *Homestead* buscou fixar o homem à terra, na medida em que decretou a impenhorabilidade dos bens móveis domésticos, além dos bens imóveis, visando, em suma, a proteção da família e seu imóvel de morar, haja vista que isentava de execução judicial por dívidas as áreas de terra de até 50 acres, bem como terrenos urbanos, objetivando fundamentalmente incentivar a colonização.

Anos após, em 1845, a República do Texas foi incorporada aos Estados Unidos, tendo em conseqüência o *homestead* estadual, nascido com a Lei Texana de 1839, se difundido pelo território americano, provocando o surgimento de outra espécie de *homestead*, o chamado federal, editado pela Lei Federal de 20.05.1862*(Homestead Act)*, com fins ligados à colonização e ao povoamento do território americano.

De sorte que, doravante, o instituto do *homestead* passou a ser adotado em vários Estados, com algumas diferenças, mas sempre prevendo três condições básicas, a saber: *a)* a existência de um direito sobre determinado imóvel que se pretende ocupar a título de *homestead*; *b)* que o titular desse direito seja chefe de família(*head of a family*); *c)* que esse imóvel seja ocupado pela família(*occupancy*) — conforme magistério de *Álvaro Villaça Azevedo*[2] — que também elucida a ocorrência acidental de uma quarta condição(*dedication*), isto é, a publicidade especial destinada à prevenção dos terceiros, mediante uma declaração feita junto ao registro imobiliário, no sentido de dar ciência aos credores acerca do bem sob regime de *homestead.*

De sorte que, no Direito Americano surgiram duas formas de *homestead*, sendo que a *homestead* formal ou formalista, adotada por alguns Estados Americanos, era aquela dependente de forma, segundo a qual fazia-se necessário uma declaração junto ao Registro de Imóveis(*Registrar of deeds*), dando conta que o bem estava sob o regime de *homestead* a fim de que fosse dado ciência aos credores, não podendo esses, doravante, alegarem prejuízos pela impossibilidade de execução. Já a *homestead* denominada de legal ou de direito, prescindia dessa

---

[1] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família com comentários à lei 8.009/90.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28

[2] Op. cit., p. 33

formalidade junto ao Registro de Imóveis, bastando apenas a demonstração da mera ocupação efetiva do imóvel segundo as condições apontadas, sendo essa espécie adotada por outros tantos Estados.

Assim, conclui-se que a primeira (*homestead* formal) deu origem ao bem de família voluntário, necessariamente emanado da vontade do titular e a segunda (*homestead* legal) deu origem ao chamado bem de família legal, imposto pela lei, e que prescinde da vontade do titular.

3. CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA

O instituto do bem de família guarnece uma importância social enorme, pois visa a proteção da família e sua casa de morar, consoante de há muito assinalado pela doutrina.

Para fins de conceituação dogmática, trago à baila *cinco conceitos*, sendo três deles da lavra de civilistas clássicos e outros dois de civilistas contemporâneos, a saber:

> *Clóvis Bevilácqua*[3]*:* "Nos Estados Unidos da América, onde se originou o instituto do *homestead,* elle significa a isenção da penhora, creada em favor da pequena propriedade. Mas, umas vezes, o *homestead* tem por fim favorecer os colonos, para a cultura das terras do domínio público, outras vezes é garantia da pequena propriedade particular. Essa diferença de institutos não acarreta, porém, diferença essencial no instituto, que obedece a certas normas assentes, e pouco varia de um para outro Estado da União."
> *Miguel Maria de Serpa Lopes*[4]*:* "...no Bem de Família a inalienabilidade é criada em função de um outro objetivo: assegurar a residência da família, sendo esse o objetivo principal, e a inalienabilidade um simples meio de atingi-lo. Trata-se de um instituto

[3] BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Edição histórica. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1975, v. 1, p. 310

[4] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I, p. 352/353

originário dos Estados Unidos, destinado a assegurar um lar à família. A inalienabilidade não é um fim, senão um meio de que o legislador se serviu para assegurar a tranqüilidade da habitação da família;... Etimologicamente, a palavra *"Homestead"* compõe-se de duas palavras anglo-saxões: *"home"*, de difícil tradução, cuja versão francesa é *"chez soi"*, "em sua casa", e *"stead"*, significando "lugar". Em linguagem jurídica quer dizer, porém, uma residência de família, implicando posse efetiva, limitação de valor, impenhorável e inalienável."

J. M. de Carvalho Santos[5]*:* "É prédio destinado pelo chefe de família para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, caracterizando-o a impenhorabilidade de que se reveste com a própria instituição, uma vez feita com observância das formalidades legais."

Francisco Amaral[6]*:* "O bem de família é o instituto que permite, mediante escritura pública, que o chefe de família separe do seu patrimônio, com o fim de protegê-la, um prédio urbano ou rural de valor ilimitado, observadas as disposições legais pertinentes, com a cláusula de não ser executável por dívida, salvo decorrente de impostos, destinando-o ao domicílio da família, enquanto viverem os cônjuges e até a maioridade dos filhos."

Álvaro Villaça Azevedo[7]*:* "O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade."

---

[5] CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, v. II, p. 191

[6] AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 327

[7] Op. cit. p. 93

Nesse passo, é de destacar-se esse último conceito, da lavra do eminente Álvaro Villaça Azevedo, por ser mais atualizado, à luz do Texto Constitucional, uma vez que tem a virtude de não especificar quem é o instituidor e a forma de constituição do instituto.

4. HISTÓRICO DO BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Inobstante a importância capital do bem de família, mormente em países de largas dimensões territoriais como é o caso do Brasil, o fato é que a sua introdução no direito pátrio deu-se com dificuldade e maneira delongada, materializada que foi pela polêmica havida entre os seus defensores e os seus opositores.

De forma perfunctória, todavia, registra a doutrina que o vetusto Regulamento nº 737, de 25/11/1850, serve de exemplo como um vestígio do bem de família, posto que isentava de penhora alguns bens do devedor, apesar de ainda não excluir da execução a moradia do executado.

Em seqüência, o Projeto de Código Civil Brasileiro, publicado oficialmente em 1893, de autoria de Coelho Rodrigues, tratava do instituto no âmbito do Direito de Família, nos arts. 2.079 a 2.090, sob a denominação *"da constituição do lar da família"*.

Já o Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilácqua não previu o instituto. Todavia, quando da sua discussão, em 1900, na Comissão do Governo – "o conselheiro BARRADAS sugeriu a idéia de se consagrarem alguns artigos ao *homestead*, sob a denominação proposta pelo *Projecto Coelho Rodrigues, de Constituição do lar da família;* o seu pensamento, porém, não encontrou o necessário apoio entre os companheiros", consoante elucida *Clóvis Bevilácqua*[8].

Mais tarde, em 1903, foi apresentado o Projeto Toledo Malta, na Câmara de Deputados, sobre o mesmo assunto(a introdução do *homestead*), mas que também não teve êxito, bem como não obteve êxito, já em 1910, a introdução via Projeto do Código de Processo Civil, através do Prof. Esmeraldino Bandeira, então Ministro da Justiça.

[8] BEVILÁCQUA, Clóvis. Op. cit., p. 310

O Projeto Bevilácqua saiu da Câmara e chegou ao Senado sem qualquer previsão acerca do bem de família. Contudo, durante sua tramitação no Senado, mediante emenda publicada no órgão oficial em 05/12/1912, o bem de família foi enfim introduzido e incluído no direito pátrio, restando dúvida se essa emenda foi de autoria do Senador Feliciano Penna ou de autoria do Senador Fernando Mendes de Almeida, sendo certo, todavia, que dita emenda mandou incluir, depois do artigo 33(logo em seguida às fundações) quatro artigos regulando o *homestead*.

Ressalte-se que no Projeto Bevilácqua, com a adoção do instituto no Senado, o bem de família foi originariamente colocado no Projeto de Código Civil, na sua Parte Geral (Livro Das Pessoas), sendo depois deslocado para o Livro dos Bens, dessa mesma Parte Geral, à vista da forte censura feita por Justiniano de Serpa, ainda que tenham persistido dúvidas se melhor seria sua inserção no Livro dos Bens, como assim restou em vigor, ou se na Parte Especial do Código Civil, no âmbito do Direito de Família.

Perante o Novo Código Civil o bem de família se acha disposto no âmbito do direito patrimonial da família, ou seja, no Livro que trata do Direito de Família (arts. 1.711 a 1.722), continuando a disciplinar somente o bem de família voluntário, com poucas alterações em relação à sua disciplina no Código de 1916 (arts. 70 a 73).

5. ESPÉCIES DE BEM DE FAMÍLIA

Assesta a doutrina que há duas espécies de bem de família, que coexistem perfeitamente, posto que centradas em *princípios semelhantes*, ainda que apresentem requisitos diferentes e acarretem efeitos diversos.

Induvidosamente, há uma semelhança de princípios atinentes às duas espécies, haja vista que o bem de família nada mais é do que um meio de proteção da família, garantindo-lhe um teto, uma casa de morar imune às futuras execuções, salvo exceções. E nesse diapasão, precisa é a explicação da advogada Mariana Ribeiro Santiago[9], *verbis:*

> "O bem de família está regulado no sistema jurídico nacional pelo Código Civil de 1916, pela Lei 8.099/90 e pelo Código Civil de 2002. Todas

[9] RIBEIRO SANTIAGO, Mariana. *Da instituição de bem de família no caso de união estável.* Revista de Direito Privado nº 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.176

> essas normas partem do pressuposto de que resguardar o domicílio da família e da entidade familiar, garantindo-lhe um teto, é fundamental para a sua segurança, evitando, consequentemente, sua desestruturação. Assim, o nobre objetivo dos dispositivos legais referentes a esse instituto no Brasil é a proteção da família."

Historicamente, como já dito, a *homestead* formal deu origem ao bem de família voluntário, advindo da vontade de seu instituidor e a *homestead* legal deu origem ao chamado bem de família legal, instituído pelo próprio Estado.

De forma sumariada, passo a expositar as características principais de cada qual das espécies, acentuando, de logo, a profícua aplicação prática do bem de família legal, à vista da inexistência das formalidades legais para a sua constituição, apresentando ainda, ao cabo desse tópico, as diferenças básicas entre as espécies.

5.1 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO

Inicialmente, essa espécie de bem de família era previsto pelo Código Civil de 1916, que dele cuidava em quatro artigos (70 a 73), no Livro II, intitulado "Dos Bens". Posteriormente, com o advento do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, foi estabelecido valores máximos dos imóveis classificados como bem de família, limitando assim tais valores, sendo que essa limitação foi afastada pela Lei nº 6.742, de 1979, possibilitando a isenção de penhora de imóveis de qualquer valor. Outros diplomas legais também trataram do tema (a Lei 6.015/73, arts. 260 a 265) e o Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.218, VI).

No Código Civil de 2002 o bem de família acha-se regulado nos artigos 1.711 a 1.722, o qual, por seu turno, limitou o valor do imóvel a um terço do patrimônio líquido do instituidor, quando existentes outros bens residenciais.

Em linhas gerais, o bem de família voluntário, como tal se acha regulado no Código Civil de 2002, só pode ser constituído pela vontade expressa do instituidor, via escritura pública ou testamento, valendo-se registrar que o Novo Código Civil ao mesmo tempo

ampliou e limitou a sua instituição; e digo ampliou, em razão de ter permitido a instituição de valores mobiliários cuja renda destinar-se-á à conservação do bem e sobrevivência da família (art. 1.712), sendo que o montante desses valores mobiliários não poderão ultrapassar o valor do imóvel (art. 1.713, caput e § 1º); e digo limitou, em razão de o valor de bem de família não poder ultrapassar a 1/3 (um terço) do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição (art. 1.711), diversarmente do Código Civil de 1916, que não previa tal limite.

O título constitutivo (por exemplo, a escritura pública) deve ser levada ao Cartório de Registro de Imóveis, para fins de registro (art. 1.714), além do que a dissolução da sociedade conjugal(ou união estável) não faz extinguir o bem de família, sendo essa norma inócua à vista do disposto no artigo 1.716, que trata da duração do bem de família e que prevê que o bem de família durará enquanto viverem os cônjuges ou mesmo um deles, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Dessarte, em caso de extinção, alienação ou sub-rogação do bem instituído como bem de família, mister se faz a interferência do Estado-Juiz, consoante disposto nos artigos 1.717 e 1.719.

5.2 BEM DE FAMÍLIA LEGAL

Essa espécie de bem de família, também denominado obrigatório ou involuntário, adveio da Medida Provisória nº 143, de 08/03/1990, editada pelo Presidente da República, José Sarney, e em seguida aprovada pelo Congresso Nacional, depois convertida na Lei 8.009/90, de 20 de março de 1990.

Todavia, para chegar-se à lei atual, um longo e árduo caminho foi percorrido pela doutrina, que de há muito criticava o tratamento do bem de família disposto no Código de Bevilácqua.

Por exemplo, inclusive para fins de registro histórico, um desses doutrinadores críticos foi o eminente Professor Álvaro Villaça Azevedo, que desde a década de setenta, precisamente em 18 de outubro de 1972, quando da defesa da sua tese de doutorado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, criticava a formatação do bem de família do Código Civil de 1916, bem como propunha sua

reestruturação, sendo que sua tese transformou-se no livro Bem de Família, obra essa já clássica sobre o assunto.

E para demonstrar a percuciência do pensamento crítico e moderno do citado jurista, trago à baila a seguinte referência, da lavra do próprio Álvaro Villaça Azevedo[10], e que reputo fundamental, *verbis:*

> "Como, ali, evidencio, nunca fui contrário a essa espécie de bem de família, que chamo de *voluntário imóvel*; todavia, ante sua insuficiência, propugnei pelas espécies de bem de família *voluntário móvel* (já cogitado, também, ainda que de modo incompleto, no novo Código Civil, analisado) e do bem de família *involuntário ou legal*, criado por norma de ordem pública, com a proteção patrimonial, assim, de todas as famílias.
> A Lei 8.099, 1990, sob análise, dispondo sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial e bens móveis, em algumas circunstâncias, acabou por acolher, em parte, minha proposta doutrinária de criação de um bem de família *legal*, por imposição do próprio Estado."

Em síntese, em sede de bem de família legal, o instituidor é o próprio Estado, por força da edição da Lei nº 8.009/90, sendo essa uma lei de ordem pública por excelência, em defesa do núcleo familiar, independente de ato constitutivo e, portanto, de Registro de Imóveis.

A advogada e professora Denise Willhelm Gonçalves[11], discorrendo sobre a citada lei, assim verbera, *verbis*:

> "A Lei 8.009/90, de 20.03.1990, tornou impenhorável o imóvel residencial do casal por dívidas, de qualquer natureza, contraídas pelos cônjuges, ou pelos pais e filhos (denominada de família monoparentais) que nele residam e que sejam seus proprietários, salvo nas hipóteses

[10] Op. cit., p. 165

[11] GONÇALVES, Denise Willhelm. *Bem de família e o novo código civil brasileiro.* Revista de Direito Privado nº 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 120

> expressamente previstas no art. 3º., I e VII (fiança em contrato de locação, pensão alimentícia, impostos ou taxas que recaem sobre o imóvel). É o que se refere o art. 1º da referida Lei."

Quanto ao objeto, é o imóvel residencial (rural ou urbano), assim como os móveis que guarnecem a residência do proprietário ou possuidor, independente do seu valor ou forma de constituição, sendo que, na hipótese de o devedor possuir domicílio plúrimo ou tiver pluralidade de domicílios, como assim previsto no artigo 71 do Código Civil, a impenhorabilidade recairá sobre o imóvel de "menor valor", salvo se outro tiver sido indicado pelo proprietário, na forma prevista no parágrafo único do aludido art. 5º De sorte que, como elucida Carlos Roberto Gonçalves[12]:

> "em nenhuma hipótese se considera, pois, impenhorável mais de uma residência, ainda que em cidades diferentes. A casa de campo ou a de praia, *ipso facto*, excluem-se da inexecutibilidade."

5.3 DISTINÇÃO ENTRE BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E BEM DE FAMÍLIA LEGAL

Para fins didáticos – *que também é um dos enfoques deste estudo* – entendo relevante discorrer sobre as diferenças entre as espécies de bem de família, a saber:

a) Quanto ao bem de família voluntário: é constituído por ato de vontade do instituidor (se cônjuges, por escritura pública ou testamento, se terceiros, por testamento ou doação); os seus efeitos só nascem com o registro da escritura pública no Cartório de Registro de Imóveis ou quando da abertura e cumprimento do testamento; o valor do bem não pode exceder a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, razão pela qual o instituidor deve possuir mais de um imóvel, o que, sem dúvida, favorece mais a classe abastada, já que a pessoa que possui apenas um imóvel não pode se valer dessa espécie de bem de família; o seu objeto é mais amplo, pois além do imóvel

[12] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. VI., p. 527

residencial (urbano ou rural), com todas as suas pertenças e acessórios, permite-se a instituição de valores mobiliários cuja renda destinar-se-á à conservação do bem e sobrevivência da família; em caso de extinção, alienação ou sub-rogação, é imperiosa a interferência do Estado-Juiz, uma vez que o bem de família é impenhorável e inalienável, gerando verdadeira imobilidade patrimonial, com conseqüências nefastas para as classes menos favorecidas, que têm no imóvel residencial o único bem economicamente relevante.

b) Quanto ao bem de família legal: é constituído por ato do Estado, via Lei nº 8.009/90, independente da iniciativa do proprietário do imóvel; os seus efeitos operam-se de imediato, de logo, *ope legis,* bastando apenas que o imóvel sirva de residência para a família, ou seja, que a família ali esteja morando; não há limite para o valor do bem, salvo em face da multiplicidade de bens imóveis(pluralidade de domicílios), quanto, então, somente o de menor valor será tido como de bem de família legal; a impenhorabilidade do bem se estende ao terreno com a construção, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional ou móveis que guarneçam a casa, desde que quitados; em caso de extinção ou alienação do bem de família legal é bastante o ato de vontade do proprietário, sem a interveniência do Judiciário, uma vez que a Lei 8.009/90 previu apenas a impenhorabilidade e não a inalienabilidade — segundo uma parcela considerável da doutrina — razão pela qual favorece principalmente as classes menos favorecidas, que têm no imóvel residencial o único bem de valor econômico expressivo, para fins de alienação.

6. A FIANÇA LOCATÍCIA E A LEI 8.009/90

Primeiramente, entendo curial conceituar o contrato de fiança, trazendo à baila os seguintes conceitos colacionados, a saber:

> *Washington de Barros Monteiro*[13]*:* "O art. 818 do Código Civil de 2002 ministra conceito desse contrato: pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra."

[13] MONTEIRO, Washington Barros de. *Curso de direito cvivil. Direito das obrigações*. 2ª parte. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5. p. 375

Orlando Gomes[14]*:* "Há *contrato de fiança* quando uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer.

Quem contrai essa obrigação chama-se *fiador*. É o devedor da obrigação fidejussória. Denomina-se *afiançado* o devedor da *obrigação principal.*

O *contrato de fiança* trata-se entre *fiador e credor* do afiançado. Sua natureza é a de um contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução da obrigação principal. Por outras palavras, a *obrigação fidejussória* só se torna exigível se a *obrigação principal* não for cumprida. Contudo, tal sucessividade não é da essência do contrato de fiança. Podem os interessados eliminá-la, estipulando a *solidariedade* entre o *fiador* e o *afiançado*, como, de regra, se procede na prática."

Doutrinariamente, diz-se que a fiança tem os seguintes caracteres: é um contrato *unilateral,* porque gera obrigações unicamente para o fiador; é *solene,* porque depende de forma escrita, imposta por lei(art. 819); é *gratuito*, em regra, porque o fiador ajuda o afiançado, nada recebendo em troca, salvo, é claro, a fiança onerosa, tipo a fiança bancária; é *benéfico*, porque não admite interpretação extensiva e apenas interpretação restritiva(art. 114 e 819), sendo por isso mesmo um contrato personalíssimo ou *intuitu personae*; e é um contrato *acessório e subsidiário*, porque depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não-cumprimento deste, pelo devedor principal.

Quanto à Lei nº 8.009/90, de 29 de março de 1990, que entrou em vigor na data da sua publicação, em 30 de março de 1990 – *e que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família* — foi gestada a partir da Medida Provisória nº 143, de 08/03/1990, editada pelo Presidente da República, José Sarney, e em seguida aprovada pelo Congresso Nacional.

Tão logo entrou em vigor, uma parcela da doutrina questionou acerca de sua constitucionalidade, entendendo alguns doutrinadores, como foi o caso de Carlos Callage, que a dita lei era inconstitucional por violação ao princípio da sujeição do patrimônio do devedor ao pagamento de seus débitos, princípio esse universal e acolhido pela

[14] GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 435

Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVII e LIV), pois entendia este autor, citado por Álvaro Villaça Azevedo[15], que a impenhorabilidade geral de bens, instituída pela dita lei, tornava:

> "inócuo o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas, acolhido pela Constituição brasileira (art. 5º, incs. LXVII, LIV) e atinge o próprio regime econômico básico adotado pela Carta, que pressupõe relações obrigacionais das mais diferentes espécies, suprimindo garantias e a eficácia do direito de crédito".

Em igual sintonia, esse mesmo autor (Carlos Callage), dessa feita citado por Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos[16], apontava a inconstitucionalidade da lei em razão da ausência de critérios seguros para definir a habitação familiar abrangida pelo benefício, ou seja:

> "Carlos Callage, para quem a Lei 8.009/90 está repleta de equívocos, aponta como uma das causas de sua inconstitucionalidade, a inexistência de regulamentação quanto ao valor, localização ou metragem do imóvel residencial familiar."

Malgrado algumas críticas levantadas sobre a constitucionalidade da Lei 8.009/90, o fato é que a doutrina quase unânime entende ser a mesma constitucional, por se tratar de uma lei de emergência, de manifesto interesse público, pois visa à proteção da residência da família e os móveis nela guarnecidos, e, por via reflexa, objetiva a proteção da própria família, sendo assim uma exceção legal ao princípio universal de que o patrimônio do devedor responde perante seus credores, podendo estes, portanto, constranger outros bens do devedor, afora o bem de família.

---

[15] Op. cit., p. 166

[16] VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 51, p. 46

Feita esse importante esclarecimento, quanto à constitucionalidade da Lei 8.009/90, retorno ao instituto da fiança locatícia.

Vejamos bem. Até a vigência da Lei 8.009/90, em 30 de março de 1990, o mercado de locação de imóveis fluía normalmente, afora, é claro, os percalços já conhecidos provocados pela política habitacional governamental. O fato concreto é que o mercado seguia seu curso normal, servindo como fiador mesmo aquele que tivesse um único imóvel, ainda que residisse com sua família, pois que esse imóvel era sim penhorável na hipótese de inadimplemento por parte do locatário.

Contudo, com a edição da lei, que, em última análise, previa ser impenhorável o bem de família também do fiador locatício, o mercado retraiu-se largamente, passando a aceitar como fiador somente aquele que fosse proprietário de mais de um imóvel, uma vez que um dos imóveis era bem de família legal e o outro serviria, em tese, para satisfazer o crédito do credor, ou seja, do locador, acaso o afiançado não pagasse os aluguéis.

Ocorre que, como notório, o mercado imobiliário em geral incomodou-se com tal situação, na medida em que a Lei 8.009/90 restringiu e limitou as locações em geral, devido a dificuldade para encontrar-se fiador proprietário de mais um imóvel, razão pela qual o legislador foi "pressionado", e, por conseguinte, eliminado foi o embaraço com o advento da Lei do Inquilinato(Lei nº 8.245/91), que acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, ou seja, ampliou o rol de exceções à impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou entidade familiar – tornando assim penhorável o imóvel residencial do fiador.

7. A FIANÇA LOCATÍCIA E O ART. 82 DA LEI 8.245/91

Sem dúvida, com a inclusão do inciso VII da Lei 8.009/90 feita pelo artigo 82 da Lei do Inquilinato(Lei 8.245/91), até mesmo o único imóvel residencial do fiador passou a ser penhorável, uma vez que passou a constituir-se em mais uma exceção à regra geral da impenhorabilidade legal, princípio-mor da Lei 8.009/90.

E qual a razão para essa alteração, ou melhor, qual o motivo do acréscimo do inciso VII da Lei 8.009/90 feita pela Lei do Inquilinato?

A resposta é única: a segurança e o fortalecimento do mercado imobiliário, consoante assim bem adverte Genacéia da Silva Alberton[17], *verbis:*

> "O art. 82 da Lei 8.245/91, ao acrescentar o inc. VII à execução da parte final do art. 3º da Lei 8.009/90, estabelecendo como afastada a impenhorabilidade do imóvel familiar "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação", visava tão-somente proteger a locação.
> O argumento que se levanta, portanto, é o que, sem essa garantia de penhorabilidade do imóvel do fiador para incentivar a locação, tornar-se-ia difícil trabalhar no mercado imobiliário. Assim sendo, para favorecer a moradia, permitiu-se que sobre o fiador viesse recair a exclusão quanto à impenhorabilidade do imóvel residencial."

Como dito, a alteração deveu-se ao *lobby* dos administradores de imóveis, representando os legítimos interesses dos locadores, objetivando a melhoria e expansão do mercado de locações; e com tal alteração, pois, criou-se mais uma exceção prevista no rol do art. 3º da Lei 8.009/90, excluindo da impenhorabilidade o imóvel residencial do fiador da locação.

E nesse sentido, bem discorrendo acerca do artigo 82 da Lei do Inquilinato, a insigne jurista Maria Helena Diniz[18] assim verbera, *verbis*:

> "Devido ao acréscimo do inciso VII ao artigo 3º da Lei n. 8.009/90, a impenhorabilidade de imóvel residencial do casal ou da entidade familiar não será oponível em processo de execução civil movido por obrigação decorrente de fiança

[17] ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. José Rogério Cruz e Tucci(coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 119

[18] DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 329

> concedida em contrato de locação. O fiador não poderá, então, beneficiar-se da impenhorabilidade do imóvel onde reside com sua família, na hipótese de processo de execução relativo à fiança que prestou como garantia de um pacto locatício, assegurando o cumprimento das obrigações contratuais *ex locato* pelo afiançado (inquilino).
> Assim sendo, perante esta disposição normativa, o fiador de contrato de locação não poderá opor a impenhorabilidade do imóvel que lhe serve de moradia, no processo de execução contra ele movido, em razão de fiança prestada. Se o inquilino não cumprir seus deveres locativos, abrir-se-á execução contra o seu fiador, e o imóvel onde este reside não estará coberto pela garantia legal de insuscetibilidade de penhora. O locador, que veio a optar pela caução fidejussória, terá, consequentemente, maior garantia do adimplemento das obrigações locatícias."

De sorte que, a partir da alteração já referida, assim vinha se dando a casuística, de forma recorrente: *acaso o afiançado(o devedor principal, o inquilino ou locatário) não pagasse os aluguéis e, em tendo havido a renúncia ao benefício de ordem(como de costume assim ocorre, na esteira do artigo 828 inciso I do CC), o fiador teria sim seu imóvel residencial penhorado, por força da exceção capitulada no artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/90, não mais podendo argüir a exceção da impenhorabilidade; em seqüência, e, por conseguinte, uma vez satisfeito o crédito do credor locador, o fiador, agora na condição de terceiro interessado se sub-rogaria nos direitos do locador(art. 346 inciso III c/c art. 831 1ª parte do CC) e, em seguida, faria uma ação regressiva em face do afiançado para ressarcir-se(art. 285), sendo essa regressiva, contudo, geralmente infrutífera, haja vista que o afiançado defendia-se argüindo a exceção da impenhorabilidade do seu único imóvel residencial.*

Em suma: enquanto impenhorável é o imóvel residencial do afiançado, devedor principal ou inquilino, vez que protegido pela regra geral da impenhorabilidade legal ditada pelo artigo 3º caput da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do fiador ou devedor acessório é penhorável, por força da exceção legal prevista no artigo 3º inciso VII da dita lei.

8. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26 E O DIREITO À MORADIA

Em época mais recente, e em seqüência cronológica – *inclusive para manter o viés didático que almejo nesse estudo* – adveio a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2.000, que ampliou o rol de direitos sociais, incluindo entre eles a moradia. Dita emenda entrou em vigor em 15/02/2000, na data da sua publicação, com o seguinte texto promulgado, *verbis*:

> "Art. 1º. O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.
> Brasília, 14 de fevereiro de 2000."

De conseguinte, a partir da sua vigência, inaugurou-se uma questão vexatória sobre se o direito à moradia, introduzido pela Emenda Constitucional, teria ou não revogado as exceções à cláusula geral de impenhorabilidade capituladas no artigo 3º incisos I a VII da Lei 8.009/90, *verbis:*

> "Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, *salvo se movido:*
> I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
> II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

> III – pelo credor de pensão alimentícia;
> IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
> V – para execução de hipoteca sobre imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
> VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
> *VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.* (o grifo é nosso)."

Em essência, pois, a questão central dizia respeito em saber-se se a Emenda Constitucional nº 26/2000(*lex generalis superior*) tinha ou não derrogado a Lei Ordinária(*lex specialis inferior*), isto é, a Lei 8.009/90, ou, em outras palavras, se era um caso de antinomia real ou meramente aparente.

9. CONTROVÉRSIA SOBRE A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO

Como natural, à vista de tamanho impasse, duas correntes doutrinárias, bem distintas, lançaram suas teses jurídicas, valendo-se ambas da interpretação conforme a Constituição, não obstante a querela não esteja totalmente encerrada, ainda que com o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e que a seguir faço referência.

Basicamente, a *vexatio quaestio* cinge-se em dirimir se o direito à moradia, introduzido pela Emenda Constitucional nº 26/2000, é ou não uma norma constitucional de eficácia plena ou de eficácia limitada(ou programática), sendo essa a questão de fundo relevante.

Na hipótese de considerar-se uma norma constitucional de eficácia plena, logicamente e por imperativo hierárquico, a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, que dispõe sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, estaria de plano revogada, implicando na sua não recepção pela Carta Magna.

De outro modo, na hipótese de considerar-se uma norma constitucional de eficácia limitada ou programática, a exceção do artigo

3º inciso VII da Lei 8.009/90 permaneceria em plena vigência e, portanto, plenamente recepcionada pela Constituição Federal.

Uma vez esquadrinhada o ponto fulcral da contenda, entendo pertinente discorrer, ainda que em breves noções, acerca da eficácia das normas constitucionais, posto que absolutamente necessárias para o preciso entendimento da controvérsia ora em discussão.

Pois bem. É mais do que conhecida a classificação acerca da eficácia das normas constitucionais, de autoria do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, reiteradamente exposta nos manuais de direito constitucional, como assim se acha explicitada pelo Professor André Ramos Tavares[19], *verbis:*

> "São normas constitucionais de eficácia plena aquelas que têm aplicabilidade imediata, e portanto independem de legislação posterior para sua plena execução. Desde a entrada em vigor da Constituição, produzem seus efeitos essenciais, ou apresentam a possibilidade de produzi-los.
> Consideram-se normas constitucionais de eficácia contida aquelas que têm igualmente aplicabilidade imediata, irrestrita, comparando-se, nesse ponto, às normas de eficácia plena, mas delas se distanciando por admitirem a redução de seu alcance (constitucional) pela atividade do legislador infraconstitucional. Prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Por isso MICHEL TEMER prefere a designação de "normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível". Enquanto a lei não exista, aplicam-se sem restrições, tal qual assegurado na Constituição. É o que ocorre na previsão do art. 5º, XII, da C.F.
> Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de regulamentação futura, na qual o legislador infraconstitucional vai dar eficácia à vontade do constituinte. Não produzem, com a simples

[19] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82-83

> entrada em vigor da Constituição, consoante o autor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado."

No caso desse estudo, portanto, as correntes doutrinárias lançaram suas teses a partir desse enfoque constitucional, à luz da hermenêutica constitucional, resultando a divergência em um único ponto nevrálgico, qual seja: saber-se se o direito à moradia – direito social e fundamental por excelência — é uma norma de eficácia plena ou é uma norma de eficácia contida, também chamada de norma programática.

Doravante, vejamos as teses.

9.1 RAZÕES DOS ADEPTOS À TESE DA PENHORABILIDADE

Os partidários dessa tese entendem que a exceção contida no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 – que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador de locação – *tem plena eficácia*, não obstante o advento do direito à moradia, introduzido com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000, aduzindo, para tanto, as seguintes razões:

1ª) Porque o direito à moradia, em sendo um direito social por excelência, é uma norma constitucional de eficácia limitada(ou programática), conforme assim bem assevera Heitor Vitor Mendonça Sica[20], *verbis:*

> "O primeiro obstáculo que a tese não logra superar é o fato de que a norma do art. 6º da Constituição é *programática*, isto é, estabelece apenas um horizonte de atuação para o Estado, carecendo de regulamentação, sem a qual não tem eficácia plena."

[20] SICA, Heitor Vitor Mendonça. "Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia". *A penhora e o bem de família do fiador de locação.* José Rogério Cruz e Tucci(coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52

Ou ainda, na dicção de José Rogério Cruz e Tucci[21], discorrendo acerca da eficácia do direito "genérico" à moradia, assentou que:

> "estas – normas de eficácia limitada ou reduzida – são aquelas de aplicação indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem no mundo jurídico após uma normatividade posterior que lhes empreste eficácia.";

2ª) Porque o objetivo da exceção contida no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 é o de fomentar o mercado de locação, facilitando o direito à moradia, sobretudo daquelas pessoas de menor poder aquisitivo, que têm dificuldades imensas para conseguir um fiador, e maiores dificuldades teriam em conseguir fiadores com mais de um imóvel, diante da situação de pobreza generalizada do povo brasileiro, aqui incluída a classe média empobrecida, na hipótese da impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação;

3º) Porque se inconstitucional fosse a exceção do inciso VII do artigo 3º da dita lei resultaria também inconstitucionais as demais exceções previstas nos incisos I a VI do referido artigo e que, por conseguinte, seria também impenhorável o bem de família do devedor de créditos trabalhistas da própria residência(inciso I); o bem de família do devedor do financiamento utilizado para a construção ou aquisição do próprio imóvel(inciso II); o bem de família do devedor de pensão alimentícia(inciso III); o bem de família do devedor de impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel (inciso IV); o bem de família do devedor da hipoteca do próprio imóvel dado em garantia real(inciso V), etc.;

4ª) Porque não viola o princípio da isonomia(art. 5º caput da CF/88) vez que os contratos de locação e de fiança são distintos, haja vista que "o locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, ao passo que o fiador pelo contrato acessório, de garantia. Muito embora o objeto das prestações devidas por ambos seja o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, com

[21] TUCCI, José Rogério Cruz. "Penhora sobre bem do fiador de locação". *A penhora e o bem de família do fiador de locação.* José Rogério Cruz e Tucci(coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17-18

requisitos e vicissitudes próprias.", conforme preleciona Heitor Mendonça Vitor Sica[22];

5ª) Porque se inconstitucional fosse a exceção do inciso VII do artigo 3º haveria uma redução na oferta de imóveis para locação, bem como uma generalização do uso de "fiadores profissionais", tornando o mercado de locações uma verdadeira "loteria", impondo aos locadores a exigência de outras tantas garantias; ademais, poderia fomentar a má-fé de inquilinos, que propositadamente deixariam de pagar aluguéis, com a certeza de que os bens de seus garantidores(fiadores) estariam a salvo de constrição judicial, posto que impenhoráveis.

9.2 RAZÕES DOS ADEPTOS À TESE DA IMPENHORABILIDADE

Já os defensores dessa tese sustentam que a exceção contida no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 – que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador de locação – *não tem nenhuma eficácia*, em face da inclusão do direito à moradia como um direito social, introduzido pela Emenda Constitucional nº 26/2000, sendo esta norma constitucional de eficácia plena e de aplicação imediata, aduzindo, para tanto, as seguintes razões:

1ª) Porque a Emenda Constitucional nº 26/2000 não recepcionou o artigo 3º inciso VII da Lei nº 8.009/90, uma vez que o direito à moradia, direito social por excelência, deriva de uma norma constitucional auto-aplicável (Emenda Constitucional nº 26/2000), de eficácia plena, imediata e direta, que diz respeito à dignidade da pessoa humana(art. 1º inciso III da CF/88), e que, em sendo uma norma maior deve ser aplicada em detrimento de uma norma menor, consoante assim assevera Clito Fornaciari Júnior[23], *verbis*:

> "A disposição da Emenda tem incidência imediata, como é próprio dos preceitos

[22] Op. cit., p. 47

[23] JÚNIOR, Clito Fornaciari. "O bem de família na execução da fiança". *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. José Rogério Cruz e Tucci(coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103

> constitucionais, atingindo, destarte, a norma infraconstitucional que com ela é incompatível, não sendo, desse modo, recepcionada.";

2ª) Porque viola o princípio da isonomia (artigo 5º caput da Carta Magna), na medida em que a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, introduzida pela Lei nº 8.245/91, feriu de morte do princípio isonômico, tratando desigualmente situação iguais, e, por conseguinte, olvidando o brocardo "ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio", isto é, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Nesse sentido, advoga-se que o direito à moradia, em sendo um direito fundamental de 2ª geração – direito social – deve ser amparado e protegido pela regra geral da impenhorabilidade, pois diz respeito à moradia do homem e sua família, na medida em que a moradia é um direito fundamental de todos, locatários ou fiadores. De sorte que, o manto da impenhorabilidade deve ser estendida a ambos(inquilinos e fiadores) e não apenas sobre o bem de família do locatário, ficando ao desamparo o bem de família do fiador, passível de penhora;

3ª) Porque a exceção capitulada no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 destoa das demais exceções ali previstas(incisos I a VI) – haja vista que estas tutelam valores a serem preservados que estariam em um patamar superior ou igual à proteção do bem de família, como é o caso da proteção do crédito trabalhista e do crédito de natureza alimentar(incisos I e III), a obrigação derivada da aquisição do próprio imóvel(inciso II), a obrigação tributária(inciso IV), a obrigação como garantia real(inciso V) e aquela decorrente de ato ilícito(inciso VII), restando mais do que patente, segundo essa corrente, que a inserção da obrigação decorrente de fiança deveu-se a reclamos do mercado de locação;

4ª) Porque ofende o princípio da isonomia exarado no artigo 5º caput da Constituição Federal, vez que, em sendo a fiança um contrato *acessório e subsidiário* –por depender da existência do contrato principal e ter sua execução subordinada ao não-cumprimento deste, pelo devedor principal – não é justo e lícito que o fiador assuma obrigações mais onerosas do que o afiançado(o devedor principal), ainda que ele(fiador) renuncie ao benefício de ordem(art. 827 c/c art. 828 inciso

I), pois mesmo assim o fiador estará pagando uma dívida que não lhe pertence e que de fato interessa exclusivamente ao devedor principal, o locatário(art. 285);

5ª) Porque fere o princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 Código Civil e art. 51 inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que os contratos de locação, no mundo hodierno, são constituídos não sob a forma paritária, mas mojoritariamente sob a forma adesiva, ou seja, efetivados sob a forma de contratos de adesão, o que importa em dizer, como cediço, que as cláusulas já se acham impressas, ditadas pelo contratante economicamente mais forte (no caso, o locador), mediante instrumentos escritos que já se acham previamente redigidos e que são colocados à disposição do locatário e do fiador para um único gesto: aceitar em bloco ou recusar em bloco! Por conseguinte, e como é lógico, à luz da lógica do mercado, nesses contratos já há cláusulas impressas segundo as quais o fiador renuncia ao benefício de ordem, tornando-se um devedor solidário, sem que sequer ser advertido sobre as conseqüências da contratação, ou seja, sobre a possibilidade de vir a ser executado seu bem de família para pagar uma dívida dos outros, isto é, do inquilino, não podendo inclusive fazer uma regressiva contra este, uma vez que o imóvel deste acha-se ao abrigo da impenhorabilidade.

10. A RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recentemente, precisamente em 08 de fevereiro do ano presente(2006), o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Recurso Extraordinário nº 407688, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso, por maioria de votos (7 votos a 3), negou provimento ao Recurso Extraordinário e, por conseguinte, manteve a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de locação pode ser penhorado, em caso de inadimplência do inquilino.

Na casuística, a tese do recorrente(o fiador) era de que a exceção do artigo 3º inciso VII da Lei nº 8.009/90 ofendia o artigo 6º da Carta

Magna, alterado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu a moradia no rol do direitos sociais constitucionalmente amparados.

Conforme extrato de notícia produzida pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal(STF)[24], "durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência.

Isso implicaria dizer se o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 estaria ou não em confronto com o texto constitucional, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, para o pagamento de dívidas decorrentes de aluguel.

O relator da matéria, ministro Cezar Peluso, entendeu que a Lei 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família de fiador. Segundo o ministro Peluzo, o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nesse situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica.

O ministro Peluzo não vê incompatabilidade entre o dispositivo da lei e a Emenda Constitucional 26/2000 que trata do direito social à moradia, ao alterar o artigo 6º da Constituição Federal, sendo acompanhado por seis outros ministros.

Contrariamente, o ministro Eros Grau divergiu do relator, no sentido de afastar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, citando como precedentes dois Recursos Extradordinários (RE 352940 e 449657), relatados pelo ministro Carlos Velloso (aposentado) e decididos a fim de impedir a penhora do único imóvel do fiador. Nesses dois recursos entendeu-se que o dispositivo da lei ao excluir o fiador da proteção contra a penhora de seu imóvel feriu o princípio constitucional da isonomia.

O voto divergente do ministro Eros Grau foi acompanhado pelos ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, sob o argumento de que a Constituição ampara a família e a sua moradia, nos termos do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um

[24] NOTÍCIAS,pesquisa@stf.gov.br.Disponível em: http://wm186.ig.com.br/inmail/inamil.pl?acao=ler&msgnum=5&UIDL=1591913200061.Acesso em: 27/3/2006

direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Ao fim, prevaleceu o entendimento do Relator, por 7 votos a 3, que negou provimento ao RE, mantendo a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador."

11. O CONTRATO LOCATÍCIO, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL

Nesse tópico, inicio com a seguinte indagação: o contrato de locação, como costumeiramente difundido nas médias e pequenas cidades do Brasil, deve ser classificado como um contrato paritário ou como um contrato de adesão? E mais: em sendo um contrato de adesão, deve ser regido pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor, ou mesmo por ambos?

E para responder tais questões, é pertinente expor os significados das respectivas modalidades contratuais.

Informa a doutrina que contrato paritário, conforme magistério de Carlos Roberto Gonçalves[25]:

> "é aquele do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições, porque se encontram em situação de igualdade (par a par). Nessa modalidade há uma fase de negociações preliminares, na qual as partes, encontrando-se em pé de igualdade, discutem as cláusulas e condições do negócio."

No tocante ao contrato de adesão, assim o define Silvio Rodrigues[26]:

> "Contrato de *adesão*, nome que lhe deu SALEILLES, é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na

[25] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005, v.III, p. 75

[26] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 44

> necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro."

Como visto, a diferenciação primacial entre ambos é que, de referência ao contrato de adesão, há a ausência de uma fase pré-negocial, em face da predisposição unilateral das cláusulas contratuais pelo policitante ostensivo, restando ao outro contratante a faculdade de aderir ou não às cláusulas, em bloco, ou, para usar uma expressão popular: é pegar ou largar!

No contrato de adesão, pois, conforme ressalta a doutrina, persiste uma mínima liberdade de contratar – *sendo, contudo, um poderoso instrumento de contratação na sociedade moderna, cada dia mais massificada, consumista e complexa* — de tal sorte que ao contratante mais fraco resta uma mínima parcela de liberdade, se pretende obter a prestação do serviço ou a aquisição do objeto.

E nesse diapasão, pois, não é outro raciocínio que se opera em relação ao contrato de locação residencial – qual seja, de que se trata de um contrato de adesão, ficando afastado, obviamente, o tipo contratual da locação não residencial.

A meu juízo, pois, entendo que a contratação locatícia hodierna, em larguíssima hipótese, é regida sim sob a modalidade adesiva e não paritária, até porque os contratos locativos são celebrados com a interveniência dos administradores de imóveis, ou seja, de empresas imobiliárias, as quais redigem as condições e cláusulas previamente e unilateralmente, impondo ao locatário e fiador – estes na condição de aderentes – todas as estipulações contratuais, restando apenas aos contratantes mais fracos (os oblatos) a liberdade mínima ou nenhuma de liberdade de contratar, haja vista que aos aderentes só lhes sobram uma única alternativa: aderir em bloco ou recusar em bloco, sendo que, na prática, quando assinam o contrato, sequer o lêem ou compreendem o seu conteúdo.

De tal sorte, quando celebram o instrumento — contratam e se vinculam nos moldes do *pacta sunt servanda* — aderindo às cláusulas no mais das vezes abusivas, obscuras, ambíguas, sem que o contratante

mais forte lhes advirtam previamente, elucidando, por exemplo, sobre o real significado da renúncia ao benefício de ordem, em sede de fiança, e perante o atual posicionamento jurisprudencial dominante, qual seja: *que se o inquilino não adimplir com sua obrigação(pagar os aluguéis), o locador executará o fiador(devedor solidário, em face da renúncia ao benefício de ordem), e o fiador perderá seu único imóvel residencial(bem de família), para quitar uma dívida que não lhe pertence, sendo que o fiador, depois, ao fazer a ação regressiva contra o inquilino, este nada pagará, posto que sua casa de morar acha-se protegida pelo manto da impenhorabilidade.* E é essa advertência, que, sem dúvida, deveria estar inscrita com *letras garrafais* nos contratos de locação – mas que, na prática, nada disso acontece, vez que as cláusulas são redigidas de forma pouco clara, obscura, levando ao fiador a assinar o instrumento por mera amizade ou movido por relação de parentesco com o locatário, até porque a fiança, em regra, é um contrato benéfico.

Convencido estou, pois, que o contrato de locação residencial é um contrato de adesão por excelência, em sua larguíssima incidência cotidiana, além do que é um contrato de consumo, devendo assim ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

De fato, entendo que o locatário e respectivo fiador são eminentemente consumidores, precisamente porque contratam via administradoras de imóveis ou empresas imobiliárias, e se utilizam de um produto(imóvel), por determinado período, como destinatário final, mediante a contrapartida de uma remuneração(aluguel) paga ao fornecedor do produto, o locador(proprietário do produto), ou seja, do imóvel.

A despeito de uma forte resistência na doutrina e na jurisprudência em admitir a natureza consumerista do contrato de locação residencial, sólida posição doutrinária defende tal postura, como, por exemplo, da lavra da insigne Cláudia Limas Marques[27]:

> "O contrato mais importante, porém, é o *contrato de locação* de imóvel. Tratando-se de locação comercial a aplicação do CDC fica afastada, mas tratando-se de locação residencial a aplicação das normas protetivas do CDC será a regra, como

[27] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor.* 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, V. 1, p. 166-167

> concorda a jurisprudência. No caso, trata-se, nas grandes cidades, de contratos de adesão elaborados pelas imobiliárias; nas pequenas cidades, de contratos de locação ainda paritários e discutidos com cada inquilino. O importante é caracterizar a presença de um *consumidor* e de um *fornecedor* em cada pólo da relação contratual."

À vista disso, pois, entendo que o contrato de locação residencial além de ser um contrato de adesão é também um contrato de consumo, pelo que deve ser aplicado ao mesmo o Código de Defesa do Consumidor, em consonância dialógica com o Código Civil e, como lógico, com a principiologia constitucional.

Assim, em corolário, em sendo o Código de Defesa do Consumidor uma lei principiológica, um microssistema jurídico, toda a sua principiologia de ordem pública e cogente, materializada pelos princípios da boa-fé objetiva (art. 4º inciso III); da transparência (arts. 4º caput e 46); da confiança (arts. 12, 17 e 18); do equilíbro contratual (art. 4º inciso III); da proteção contra cláusulas abusivas (art. 6º inciso IV); da revisão de cláusula ou do contrato do consumo (art. 5º inciso V), dentre outros, devem sim ser aplicados em sede de contratos de locação residencial, em total sintonia com a moderna principiologia contratual civilística - *naquilo que a doutrina denomina de "diálogo das fontes"* - muito bem estampada pelo Novo Código Civil, a saber: o princípio da função social do contrato (art. 421); o princípio da boa-fé objetiva (art. 422, 187 e 113) e o princípio do equilíbrio material do contrato, que busca amparar o contratante mais vulnerável, o aderente (arts. 423 e 424), afora, é lógico, a principiologia constitucional que ilumina o direito civil moderno.

12. MEU POSICIONAMENTO JURÍDICO: O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E UMA PROPOSTA PARA A ABRANDAR A VORACIDADE DO MERCADO LOCATÍCIO

À vista de tudo nesse estudo exposto, passo a emitir meu entendimento jurídico, *data vênia*.

Re vera, ouso em discordar da decisão do Supremo Tribunal Federal já referida. A meu juízo, entendo que decisão da Corte Constitucional emprestou uma ênfase exagerada ao princípio da irretratabilidade das convenções ou do *pacta sunt servanda* – segundo o qual o contrato deve ser fielmente cumprido, o contrato é lei entre as partes — em detrimento de outros princípios contratuais de maior valoração axiológica, ou de conteúdo social mais acentuado, como, por exemplo, os princípios que informam o Código de Defesa do Consumidor e os modernos princípios contratuais do Código Civil de 2002, afora, e isso é fundamental – os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Concessa vênia, entendo que há um equívoco na decisão do STF – haja vista que fez prevalecer, por maioria de votos, a tese do positivismo extremado, do legalismo pelo legalismo, vitoriando enfim o entendimento de que o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, de conseguinte, arcar com os riscos de sua condição de fiador, pressupondo uma contratação locatícia paritária e não adesiva, como assim se opera e se realiza no mundo dos fatos.

Ora, incontestavelmente, a decisão majoritária não enfrentou outros quadrantes do tema, todos eles iluminados pelo Direito Civil Constitucional, o qual, segundo a dicção de Francisco Amaral[28], significa "materialmente o direito civil contido na Constituição" ou, no magistério de Paulo Luiz Neto Lobo[29], a percepção de que:

> "....deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código Civil, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)."

O direito civil constitucional, segundo abalizada doutrina, é o direito civil interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal e não o inverso, levando-se em conta, primordialmente, que a Carta Magna é

[28] Op. cit., p. 151

[29] LÔBO, Paulo Luiz Neto. "Constitucionalização do direito civil". *Revista de informação legislativa.* Brasília: Senado Federal, 1999, v. 141, p. 100.

o centro do ordenamento jurídico, e que o Código Civil é o seu planeta principal e que os demais microssistemas jurídicos são os satélites desse sistema normativo, aqui exemplificado como se sistema solar fosse, à luz da simbologia usada por Ricardo Lorenzetti, *apud* Flávio Tarturce[30].

Ademais, o direito civil constitucional acha-se amparado em três princípios fundamentais, todos de matriz constitucional, ou seja: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º inciso III da CF); o princípio da solidariedade social (artigo 3º inciso I da CF) e, por fim, o princípio da igualdade ou isonomia (artigo 5º caput da CF), princípios esses que se irradiam por todo o sistema jurídico, dando concretude à normativa constitucional, para fins de incentivar uma mentalidade constitucional que tanto se almeja.

Malgrado isso, volto a dizer, *data vênia*, entendo que a posição do Supremo afastou-se deveras de tal perspectiva civil-constitucional, centrada numa tese de um mero positivismo romântico, de um liberalismo econômico incipiente, historicamente distante do Brasil de hoje, do século XXI – *uma das dez maiores economias do mundo* – como se os contratantes de uma locação residencial sentassem num banco de uma bucólica praça pública ou mesmo em calçadas interioranas tranqüilas e nesses locais discutissem, frente a frente, passo a passo, detalhe por detalhe, a locação a ser consumada!...

Ledo engano, errônea constatação do Supremo, a meu juízo; pessoalmente, quisera até que assim fosse a contratação, conforme assim estudei e aprendi nos bancos da minha querida Universidade Federal de Sergipe, cujas lições eram inspiradas no modelo liberal de contratação do Código de Bevilácqua.

Contudo, o fato concreto, real, inabalável, inconcusso, induvidoso e inafastável – *e a realização prática é a essência do Direito(Rudolf Von Ihering)* – é que, em verdade, de há muito vivemos numa sociedade injusta, complexa, violenta, consumista, massificada, plural, veloz, imediatista e nada solidária, razão pela qual os proprietários, já rescaldados e um tanto desconfiados com o mercado, entregam seus imóveis às imobiliárias – *ou porque os locadores não têm tempo conseguir inquilinos, ou mesmo por receio de manter contato com estranhos e*

[30] TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil.* São Paulo: editora Método, 2005, v. 2, p. 254

supostos inquilinos – e então administradores de imóveis, objetivando lucro(*a taxa de administração, por exemplo*), redigem os contratos de locação residencial, de adesão e de consumo, e lançam os imóveis no mercado mediante oferta pública permeada de voraz publicidade, à caça de inquilino e que este, por seu turno, em seguida consegue um fiador, o qual, em última instância – não obstante devedor de uma obrigação acessória, terminará por assumir, pagar e por fim perder sua casa de morar para quitar a dívida do inquilino seu amigo, e no mais das vezes seu parente, que jamais lhe ressarcirá, em regressiva, até porque o imóvel do seu amigo ou parente inquilino é impenhorável, diferentemente do imóvel do infeliz fiador.

Em suma, essa é a taciturna história do fiador, mas que, segundo o Supremo, é uma história lícita e constitucional. No meu entendimento, contudo, filio-me à corrente que defende a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador, pelas razões que insisto em enfatizar, ou seja:

1ª) Porque viola o princípio da isonomia, tratando desigualmente os iguais, uma vez que declara impenhorável a casa de morar do inquilino, diferentemente da casa de morar do fiador, que declara penhorável, não obstante o direito à moradia seja um direito fundamental de 2ª geração, um direito social, previsto no artigo 6º da Carta Magna, atinente e pertinente a ambos os personagens(inquilino e fiador);

2ª) Porque a Emenda Constitucional nº 26/2000, que introduziu o direito à moradia, não recepcionou o artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/90, sendo essa norma constitucional auto-aplicável, de eficácia plena, imediata e direta;

3ª) Porque a exceção do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 foi ditada por motivos meramente mercadológicos, a fim de fortalecer o mercado imobiliário, diferentemente das demais exceções previstas no referido artigo, que tutelam bens ou interesses jurídicos de patamar superior ou igual à proteção do bem de família;

4ª) Porque ofende o princípio da isonomia exarado no artigo 5º caput da Constituição Federal, vez que, em sendo a fiança um contrato *acessório e subsidiário* –por depender da existência do contrato principal e ter sua execução subordinada ao não-cumprimento deste, pelo devedor principal – não é justo e lícito que o fiador assuma obrigações mais onerosas do que o afiançado(o devedor principal), ainda que ele (fiador) renuncie ao benefício de ordem(art. 827 c/c art. 828 inciso I),

pois mesmo assim o fiador estará pagando uma dívida que não lhe pertence e que de fato interessa exclusivamente ao devedor principal, o locatário(art. 285);

5ª) Porque o contrato de locação residencial, onde naturalmente habita a fiança locatícia, é um contrato de adesão e de consumo e que, como tal, deve ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor – *lei principiológica e de interesse social relevantíssimo* — em consonância com o Novo Código Civil, pois, segundo a dicção do emérito Nelson Nery Junior[31]:

> "ambas as leis(CC e CDC) têm, hoje, a natureza de serem corpos normativos constituídos de *socialidade*, em que avulta o interesse social, coletivo, em detrimento do meramente individual."

Ad summan, entendo que há uma incompatibilidade flagrante entre o artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/90 e a Emenda Constitucional nº 26/2000, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal, introduzindo o direito à moradia, razão pela qual defendo que o bem de família do fiador de locação residencial não pode ser penhorado.

De lege ferenda, em termos de proposta para acalmar a voracidade do mercado imobiliário – *para fins de excluir, oxalá, a penhora sobre o bem de família do fiador* – entendo que o Governo deve intervir no mercado, via Executivo e via Legislativo, no sentido de reestruturar a garantia locatícia denominada seguro de fiança locatícia, prevista no artigo 37 inciso III da Lei 8.245/91, hoje praticamente sem uso devido a uma regulamentação legal débil, lacunosa, que praticamente não funciona em razão da usura do sistema bancário ou securitário, e que impõe condições abusivas em detrimento dos interesses do locador, além de afrontar à própria Lei do Inquilinato, repleta de regras cogentes e imperativas.

Nesse diapasão, pois, advogo que a revitalização do seguro fiança locatícia fomentaria o mercado imobiliário, atendendo aos anseios de todos, locadores e locatários, tornando-se doravante uma garantia eficiente, usual, prática, justa e fundamentalmente impessoal, na medida em que diminuiria em muito a procura pela fiança locatícia pessoal -

[31] JUNIOR, Nelson Nery. "A defesa do consumidor no Brasil". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 18, abril-junho, p. 223.

pois esta somente seria usada para os fiadores com mais de um imóvel, permitindo-se apenas a penhora àquele bem que não fosse o bem de família.

Contudo, do contrário, a persistir o quadro atual sufragado pela posição do Supremo, apenas o inquilino estará se beneficiando da locação, uma vez que morará no imóvel e não pagará os aluguéis, pois quem pagará será o fiador, com o seu bem de família, ou seja, em suma o inquilino estará fazendo "cortesia com o chapéu alheio", apenas para usar um adágio popular já conhecido do STF e recentemente vocalizado pelo insigne Ministro sergipano, Carlos Britto, quando do julgamento da questão do nepotismo no Judiciário.

Enfim, é o que penso, *concessa vênia* – sempre na certeza de que a Justiça Contratual é um ideal a perseguir, na esteira e no lastro de um caminho permeado pela *tábua axiológica* da Constituição, como de há muito preleciona o mestre Gustavo Tepedino, o precursor e o maior nome do Direito Civil Constitucional no país, e de cujas lições sou seu eterno discípulo.

13. CONCLUSÃO

A grande conclusão que se extrai é que o bem de família tem uma importância social fabulosa, pois protege a família — *precisamente o imóvel residencial* — excluindo da penhora por quaisquer execuções, salvo raras exceções.

Historicamente, serviu nos Estados Unidos da América – berço do instituto – não só para fomentar o povoamento do vasto território americano, mas desde então para proteger a moradia das famílias em face das vicissitudes da vida e diante da ação quase sempre abusiva dos credores.

Introduzido no Brasil pelo Código Civil de 1916, sob a modalidade voluntária, de fato não teve aceitação popular, quer seja pelo costumeiro desconhecimento das leis pela população, mas também, e principalmente, pela dificuldade na sua implementação, à vista da exigência de escritura pública ou testamento, bem como os custos desses atos decorrentes.

Malgrado, com o advento da Lei 8.009/90, o instituto tomou novo influxo, vindo a ser recorrentemente aplicado nas lides judiciais, posto

que por força dessa lei fora adotado a modalidade legal ou involuntária, ditada pela vontade mesma do Estado, a fim de proteger a família e sua residência, constituindo-se assim num importantíssimo microssistema jurídico, o qual, seguramente, já livrou da penhora milhares de casas de moradia dos brasileiros, ricos ou pobres.

E nesse cotejo, com a edição da Lei 8.009/90, o fiador da locação também estava amparado pela regra geral da impenhorabilidade, não obstante os reclamos do mercado imobiliário, que entendia nefasta a não penhora do bem de família do fiador, ao ponto de, portanto, o mercado pressionar e, por fim, através do artigo 82 da Lei nº 8.245/91 acrescentar uma outra exceção ao artigo 3º da Lei 8.009/90, tornando penhorável a casa de morar do fiador da locação.

Doravante, a situação do fiador fragilizou-se, abrindo-se uma dissensão doutrinária e jurisprudencial, que atingiu seu ápice com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000, segundo a qual introduziu o direito à moradia no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal, ocasionando a polarização da questão em duas correntes bastantes díspares, ou seja: aqueles que defendiam a recepção e a compatibilidade entre a Lei 8.009/90 e a Emenda referida, e aqueles que sustentavam a não recepção e a incompatibilidade entre tais normas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, fez a opção pela corrente da recepção e da compatibilidade, concluindo ser possível a penhora do bem de família do fiador de locação – defendendo que o cidadão é livre para contratar, para avalizar, e que, portanto, deve assumir os riscos dessa contratação.

Não obstante a decisão do STF, comungo da tese vencida, dos votos minoritários, e com base em sólida doutrina entendo que o contrato de locação residencial, assim como costumeiramente difundido nas médias e grandes cidades brasileiras, é contratado sob a forma adesiva, isto é, é contrato de adesão e também de consumo, vez que intermediados pelas empresas imobiliárias – que auferem lucros, via taxa de administração – e que por sua vez ditam as regras do contrato, sem qualquer discussão prévia com o inquilino e seu fiador, sendo que este, de regra, renuncia ao benefício de ordem sem a mínima advertência prática sobre o que isso significa, ou seja: *a possibilidade de vir a perder a casa de moradia (o bem de família) para pagar uma dívida do inquilino, e sem*

qualquer possibilidade de ressarcimento por parte deste, via ação regressiva, uma vez que o casa de morar do inquilino acha-se amparada pela regra da impenhorabilidade.

E seguindo essa corrente – que advoga a tese impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, pela não recepção da Lei 8.009/90 frente à Emenda Constitucional nº 26/2000 – é que convencido estou que ao contrato de locação residencial deve ser aplicada toda a principiologia consumerista e civilística, em simbiose, além dos princípios que regem o direito civil constitucional.

Por fim, concluo que uma das formas de abrandar a voracidade do mercado imobiliário, afastando suas garras do bem de família do fiador da locação, é o Governo, via Dirigismo Estatal nas esferas executiva e legislativa, promover uma forte reestruturação do seguro fiança locatícia, minorando a abusividade dos sistemas bancário e securitário, que de há muito ditam as regras dessa garantia locatícia, impossibilitando a sua contratação por parte dos protagonistas da locação, locador e locatário.

Alfim, entendo que, com a revitalização do seguro fiança, essa será, seguramente, a melhor e mais eficiente garantia locatícia, contratada de forma impessoal e sem a inconveniência de penhorar a casa de morar de um fiador, de um pai de família, implicando na ruína de mais um brasileiro - pelo fato de, singelamente, e com estribo no vetusto princípio do *pacta sunt servanda* - ter assumido e pago uma dívida dos outros!

14. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família com comentários à lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

ALBERTON, Genacéia da Silva. "Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador". *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. José Rogério Cruz e Tucci(coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1975, v. 1.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. VI.

_____. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III.

GONÇALVES, Denise Willhelm. *Bem de família e o novo código civil brasileiro*. Revista de Direito Privado nº 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

JÚNIOR, Clito Fornaciari. O bem de família na execução da fiança. *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. José Rogério Cruz e Tucci(coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery. *A defesa do consumidor no Brasil*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 18, abril-junho.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal, 1999, v. 141

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1.

NOTÍCIAS,pesquisa@stf.gov.br.Disponível em: http://wm186.ig.com.br/inmail/inamil.pl?acao=ler&msgnum=5&UIDL=1591913200061.Acesso em: 27/3/2006

MONTEIRO, Washington Barros de. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 2ª parte. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5.

RIBEIRO SANTIAGO, Mariana. *Da instituição de bem de família no caso de união estável*. Revista de Direito Privado, nº 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia. *A penhora e o bem de família do fiador de locação*. José Rogério Cruz e Tucci (coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: editora Método, 2005, v. 2.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz. "Penhora sobre bem do fiador de locação". *A penhora e o bem de família do fiador de locação.* José Rogério Cruz e Tucci (coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 51.

DIREITO PENAL DO INIMIGO – PROPOSTA OU CONSTATAÇÃO?

Daniela Carvalho Almeida da Costa, Mestre e Doutora em Direito Penal pela USP. Coordenadora Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e ex-colaboradora do Boletim mensal do IBCCrim. Professora e Assistente da Coordenação do Curso de Direito da FASE.

RESUMO: Este texto tem como finalidade precípua analisar e questionar a neutralidade da construção teórica do direito penal do inimigo, tal qual elaborada por Günther Jakobs, contextualizando-a com o recrudescimento do direito penal contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal – inimigo – recrudescimento.

Summary: This text has as main purpose to analyze and to question the neutrality of the theoretical construction of the criminal law of the enemy made by Günther Jakobs, contextualizing it with the outbreak of the contemporary criminal law.

ABSTRACT: This text has as main purpose to analyze and to question the neutrality of the theoretical construction of the criminal law of the enemy made by Günther Jakobs, contextualizing it with the outbreak of the contemporary criminal law.

KEY-WORDS: criminal law – enemy – outbreak.

Este tema nos remete a um desconcertante questionamento: Jakobs, ao conceber tal fenômeno, o faz enquanto proposta político-criminal ou enquanto constatação de uma realidade contemporânea?

De acordo com as palavras do próprio Jakobs, ele seria um mensageiro que traz uma má notícia[1]. Neste sentido, Jakobs declara

[1] In: *Derecho penal del enemigo*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p. 16-17.

que diagnosticou um fato e que lhe parece mais coerente conscientizar-se em relação aos fenômenos insurgentes, por pior que pareçam, que negá-los e, com isso, acabar por generalizar uma situação que deve ser tratada de forma pontual.

Em consonância com sua visão sistêmica da sociedade – sob a qual o indivíduo só passa a ser pessoa através da qualidade de portador de um papel e enquanto cumpridor das expectativas de comportamento que lhe são impingidas dentro da comunidade jurídica que integra – passa a classificar como inimigo a todo aquele que, por princípio, se conduz de modo desviado e que, portanto, não presta uma segurança cognitiva de um comportamento pessoal. Assim, tomando por premissa filosófica os argumentos de HOBBES e KANT, mantém o status de cidadão para aqueles que não se desviam por princípio e priva-se de tal status àqueles "que me ameaçam constantemente".[2]

Seguindo esse raciocínio, Jakobs diagnostica a existência de um direito penal do inimigo que, ao contrário do direito penal do cidadão, não revalida normas, mas, combate perigos. Neste âmbito, o legislador passa a elaborar uma legislação de luta, por exemplo:

> (...) no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, (...) pretendendo-se combater em cada um desses casos a indivíduos que em sua atitude (...), em sua vida econômica (...) ou mediante sua incorporação numa organização (...) tenham se afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, ou seja, que não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa. (...) não se trata, num primeiro momento, de compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade se adianta até o âmbito da preparação, e a pena se

[2] No direito natural de argumentação contratual estrita (ROSSEAU e FICHTE), todo delinqüente é visto como inimigo. Entretanto, a fim de que se mantenha um destinatário para as expectativas normativas, Jakobs entende preferível manter o status de cidadão para aqueles que não se desviam por princípio (HOBBES e KANT). In: *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 55.

> dirige ao asseguramento frente a fatos futuros e, não, a sanção de fatos cometidos.[3]

Especialmente após o acirramento do terrorismo atingindo o mundo ocidental, fato marcante com o 11 de setembro de 2001, há uma propensão de recrudescimento e perda de garantias no âmbito do direito penal e, inclusive, do processo penal, ao se tratar o terrorista como delinqüente cidadão. Nesse sentido, Jakobs entende que admitir um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entremesclar todo o direito penal com fragmentos de regulamentações próprias do direito penal do inimigo e faz o seguinte alerta:

> (...) quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente cidadão não deve assombrar-se caso se mesclem os conceitos de 'guerra' e 'processo penal'. De novo, em outra formulação: **quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito** – controle das paixões; reação exclusivamente frente a fatos exteriorizados; respeito à personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – **deveria chamar de outro modo àquilo que se deve fazer contra os terroristas,** caso não se queira sucumbir, ou seja, deveria chamá-lo de Direito penal do inimigo, guerra contida (grifo nosso).[4]

Silva Sánchez, ao analisar o fenômeno do direito penal do inimigo, classifica-o como sendo uma terceira velocidade do direito penal. Neste âmbito seria possível aplicar sanções privativas de liberdade dentro de um sistema menos garantista, para o qual concorra uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Pela característica que assume o inimigo, como um sujeito que abandona de forma duradoura o direito, apresentando

[3] Ibid., p. 38-40. (Tradução livre da autora).
[4] Ibid., p. 42. (Tradução livre da autora).

uma ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, seria mais adequada uma contenção através de medidas de segurança aplicadas a inimputáveis perigosos que exatamente a aplicação de uma pena, num claro regime de exceção, que só seria legítimo num contexto de emergência.[5]

O diagnóstico feito por Jakobs e as prováveis conseqüências suscitadas são alvo de duras críticas por boa parte da doutrina. Em relação a esse diagnóstico, o próprio Jakobs afirma existirem inúmeras tomadas de posição por parte da doutrina, quase todas num sentido de crítica e de negação, que acabam por chegar a uma posição surpreendente, para o âmbito científico, de que o diagnóstico dá medo e que sua formulação é indecorosa. A tais posicionamentos, Jakobs tece um único comentário: *"*(...) certamente, o mundo pode dar medo e, de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz a má notícia por conta do indecoroso de sua mensagem. Nenhuma palavra mais sobre isto".[6]

Cancio Meliá, com quem Jakobs publicou sua obra sobre o tema, concorda com o diagnóstico e, inclusive, compartilha da preocupação central que permeia toda a elaboração feita por Jakobs: que as regras próprias de combate ao inimigo – melhor se encaradas dentro da formulação política adequada, como medidas de um estado de exceção – contagiem o núcleo do direito penal. Sobretudo porque, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, onde se reconhece abertamente que se trata de uma guerra, na Europa tais medidas são implementadas sob o manto de uma pretendida e total "normalidade constitucional", incrementando os riscos de contágio a todo o direito penal.[7]

Muito embora Cancio Meliá comparta do diagnóstico feito por Jakobs, diverge, com razão, em relação à forma de lidar com este. Nesse sentido, de forma extremamente lúcida, tece duas críticas centrais às formulações de Jakobs: 1) aquilo a que se denomina direito penal

---

[5] In: *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 148-151.
[6] JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 15.
[7] Prólogo de Cancio Meliá à obra em conjunto com Jakobs. In: Ibid, p. 16-17.

do inimigo não pode ser considerado direito; 2) o direito penal do inimigo acaba por gerar uma reação internamente disfuncional.[8]

1) Não pode ser considerado direito penal posto que a função da pena neste setor difere da função que a pena desempenha no direito penal – a pena não estabiliza normas, mas, sim, demoniza determinados grupos de infratores – portanto, representa uma quebra ao direito penal do fato, transfigurando-se em características próprias de um direito penal do autor.

2) Desde a perspectiva da pena e do direito penal com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do inimigo mediante uma mudança de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal é disfuncional, posto que o direito penal do inimigo praticamente reconhece - ao optar por uma reação estruturalmente diversa - a competência normativa, ou seja, a capacidade do infrator de questionar a norma. Portanto, desde a perspectiva do comportamento do inimigo como, por exemplo, o terrorista – inimigo por excelência – que apresenta um comportamento de enfrentamento a ordem posta, é muito mais idôneo confirmar a normalidade, ou seja, negar a excepcionalidade reagindo através dos parâmetros normais do sistema jurídico-penal.

Ademais das coerentes formulações suscitadas por Cancio Meliá, ainda é cabível um adendo de cunho filosófico a questionar o paradoxal direito penal do inimigo: não representaria uma quebra no dogma contratualista que fundamenta as bases do moderno Estado-nação? A proposta de desconsideração da condição de cidadão imposta ao inimigo fere a idéia de salvaguarda dos direitos fundamentais que embasam o contratualismo, sob o qual se erigiu o Estado moderno. Logo, rompe com a idéia contratualista de formação do próprio Estado, a partir da qual cada cidadão cede uma parcela de sua liberdade em nome de uma proteção mais eficiente, a ser realizada exclusivamente pelo Estado. Se permitirmos ao Estado, cuja função precípua é nos proteger, que ele desconsidere nossa condição inerente de cidadãos, condição esta que é a base da legitimação do poder estatal, quem nos protegerá do Estado a partir do momento em que a base que o legitima é por ele desconsiderada?

Diante do exposto, não há como negar um retorno a um direito penal de autor, tal qual já se praticou no primeiro terço do século XX, ficando patente que se amolda muito mais a um regime de exceção que a um regime de direito, conforme o entendemos sob a égide de

[8] Ibid., p. 89-102.

um Estado Democrático de Direito. É fato que uma legislação permeada de elementos de um tal regime de exceção vem sendo construída já há algum tempo, principalmente nos Estados Unidos e Europa, com largos passos de influência sobre a legislação das últimas décadas na América Latina.[9] Há muito, os agentes que atuam em nome do Estado, no que tange à segurança pública, seja nos Estados Unidos e na Europa, seja na América Latina, vêm tratando seus dissidentes, indiscriminadamente – leia-se àqueles que provêm das classes populares – não só como excluídos que precisam ser controlados, mas também como verdadeiros inimigos. Nesse sentido vejamos um trecho de um parecer proferido por um procurador de Justiça do Estado de São Paulo em julgamento de um adolescente infrator:

> (...) em solo intolerante para com a criminalidade violenta e cioso dos direitos humanos do cidadão, ensina-se que, como até mesmo o mero bom senso já seria capaz de propor, **não pode o Estado permitir-se a insanidade de autorizar que se veja livre e sem amarras quem, pela prática de infração penal grave, revelou possuir perigosa propensão criminal, assim como não admitiria que um animal selvagem predador [!] se aventurasse pelas ruas da cidade** (grifo no original).[10]

Quando o Estado, por meio dos seus agentes, em uma manifestação oficial, compara um adolescente a um "animal selvagem predador", pode-se temer pelo futuro da democracia. É mais um aspecto de um

---

[9] Numa análise crítica da legislação brasileira das últimas décadas, verificam-se vários pontos dignos de um regime de exceção. Nosso melhor exemplo configurou-se recentemente com a adoção da Lei 10.792/03, que modificou a Lei de Execução Penal (LEP), estipulando o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), prevendo uma disciplina carcerária muito mais rígida para alguns presos que demonstrem "altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" (vide o § 2º, art. 52 da LEP), numa clara demonstração de um direito penal do autor.

[10] Trecho extraído do parecer do procurador de Justiça, copiado na conclusão da fundamentação do acórdão proferido pela Câmara Especial do TJ/SP no julgamento (em 06.12.04) do *Habeas Corpus* n. 115.133-0. Neste, o defensor do adolescente condenado em primeira instância pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, requeria ao Egrégio Tribunal que a apelação interposta contra a sentença fosse recebida em efeito suspensivo, a fim de que o adolescente pudesse aguardar o julgamento da apelação em liberdade. In: DITTICIO, Mário Henrique. *Sobre ratos gigantes e seus caçadores*. Boletim IBCCrim, ano 12, n. 147, fev., 2005, p. 02.

fenômeno que já se tornou lugar-comum nos discursos político-jurídicos – a fantasmagorização da sensação de violência generalizada que nos atinge a todos – não deixa de ser mais um aspecto da sociedade da insegurança, fartamente utilizável pelo setor político como meio fácil de promoção. É impressionante como essa questão mexe com o imaginário coletivo – sedento de segurança, nesse mundo permeado de incertezas – a segurança transforma-se na nova moeda não só no âmbito interno, mas também no cenário internacional. A questão do terrorismo está na ordem do dia dentro das questões políticas prementes no mundo contemporâneo. A sensação de medo – seja por conta da insegurança provocada pela violência urbana nos grandes centros, seja por conta das inseguranças provocadas pelos riscos da modernidade ou pelo terrorismo – é algo abstrato, inatingível em sua completude, algo para o qual não há expectativas de satisfação absoluta.

Em nome da segurança, da paz e em combate ao inimigo invisível – o terrorismo – justificam-se as maiores atrocidades políticas, muitas vezes com um forte viés econômico. É um poço de manipulações sem fundo, quando em mãos de mentes maquiavélicas: ganha-se eleição na maior potência do mundo sob a égide desse argumento; invadem-se países e consegue-se legitimar tal invasão perante a comunidade internacional – ou, ao menos, forçar uma aceitação – tudo em nome do combate ao terror. Um *show* de sedução e convencimento através da manipulação dos medos que povoam o inconsciente coletivo, que levam a uma visão estreita de mundo e aos perigos do pensamento único, onde não há espaço às contra-argumentações: "Cada nação, cada religião, tem de tomar uma decisão agora. Ou estão conosco, ou estão com os terroristas (...)". Com tais argumentos conclamava Bush que seria imperioso travar uma batalha contra o "inimigo predador", que consistiria em uma "monumental luta entre o bem e o mal".[11]

O mesmo discurso é usado em esferas completamente díspares: o adolescente, no âmbito interno, transforma-se em "animal predador selvagem", enquanto o terrorista, perante a comunidade internacional, é o "inimigo predador". Diante destas constatações, é fundamental que, ao invés de negar o óbvio, a ciência do direito penal deva se

[11] Trechos do pronunciamento do Presidente Bush em 12.09.2001. In: *Remarks by the President*. Washington: Office of the Press Secretary, 12.09.2001. (Tradução livre da autora).

conscientizar em relação a tal movimento político-criminal, a fim de exigir uma firme separação entre regime de exceção e regime jurídico-penal, ou seja, a fim de combater qualquer tipo de regime de exceção. Somente através desta tomada de consciência é possível pensar em contra-argumentar esse movimento político-criminal que se vale da sensação generalizada de medo que nos acomete para justificar toda sorte de transgressões jurídico-penais.

De acordo com Jakobs, não se trata de legitimar um indiscriminado direito penal do risco ou, numa proporção ainda mais desmedida, um direito penal do terror/do inimigo. Trata-se de não confundir um regime de exceção – o terror deve ser tratado como exceção – com o sistema jurídico-penal e, em nome do combate à exceção, contagiar todo o sistema jurídico-penal com características que lhe são estranhas. Entretanto, ao constatar e pleitear tal diferenciação de tratamento, Jakobs acaba por admitir um regime de exceção. Admitir um regime de exceção, independente de quais os fins a que se quer chegar, é um retrocesso que nos parece inconcebível dentro de uma concepção de direito penal própria de um Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

DITTICIO, Mário Henrique. *Sobre ratos gigantes e seus caçadores*. Boletim IBCCrim, ano 12, n. 147, fev., 2005, p. 02.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, reimpressão da 1. ed., 2000.

_____ e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Traduzido por Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Anthropos, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE

Marcelo Cerveira Gurgel, Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: A litigância de má-fé decorre da violação do dever de lealdade processual e deve ser reprimida com os instrumentos processuais de controle, materializados nas sanções legais disponíveis no Código de Processo Civil, de forma a contribuir com a distribuição de uma tutela jurisdicional mais justa e célere, não havendo óbice que este controle seja realizado por meio de decisões interlocutórias.

PALAVRAS-CHAVE: Lealdade processual - Litigância de má-fé - Sanções legais.

ABSTRACT: The litigation of bad-faith elapses of the breaking of the duty of procedural loyalty and must be restrained with the procedural instruments of control, materialized in the available legal sanctions in the Code of Civil action, of form to contribute with the distribution of a jurisdictional guardianship more joust and fast, not having obstacle that this control is carried through by means of interlocutory judgements.

WORDS-KEYS: Procedural loyalty - Litigation of bad-faith - Legal sanctions.

SUMÁRIO: 1. O dever de lealdade processual; 2. A litigância de má-fé no processo civil brasileiro; 3. As sanções legais; 4. A operacionalização do instituto; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

1. O DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL

A origem do Estado como ente dotado do poder e autoridade que tem por finalidade a realização da ordem e defesa social foi um passo na tentativa de controle dos conflitos de ordem privada.

A tripartição dos poderes, destinando ao Poder Judiciário a função típica de interpretar e aplicar a lei e distribuir justiça teve por objetivo viabilizar a continuidade desta atividade estatal, dada a crescente complexidade das relações sociais que inviabilizavam a concentração desta função em uma única pessoa.

Para tanto, teve o Estado Moderno, por meio do Poder Legislativo, que definir regras para que as disputas trazidas ao Poder Judiciário se realizassem de forma ética, visando viabilizar a verdadeira distribuição da Justiça e permitir que o Estado-Juiz pudesse ter o mais próximo conhecimento das causas reais que impulsionavam o conflito, evitando o uso ilegítimo da máquina pública.

A evolução do Direito e a autonomia do direito processual civil deram origem a regras específicas de preservação da lealdade processual de forma a privilegiar a boa-fé dos litigantes.

Neste aspecto o Código de Processo Civil Modelo para a América Latina, citado por Cândido Rangel Dinamarco[1], dispõe que "as partes, seus representantes ou assistentes e, em geral, todos os partícipes do processo, pautarão sua conduta pela dignidade da Justiça, pelo respeito devido entre os litigantes e pela lealdade e boa-fé.".

No direito alienígena, em várias codificações é explicita a preocupação do ordenamento jurídico com a lealdade processual. Assim é no Código de Processo Civil Austríaco, considerado o pioneiro na imposição de uma conduta ética aos litigantes; no direito Português, Uruguaio, Italiano, Alemão, Venezuelano, Argentino, conforme cita o Professor Francisco Barros Dias[2].

No Código de Processo Civil brasileiro de 1939 havia tratamento da matéria, nos art. 3° e art. 63.

O primeiro sancionava a parte que intentasse demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro com responsabilização pelas perdas e danos causada a parte oposta.

O segundo, responsabilizava a parte vencida que houvesse alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houvesse conduzido de modo

[1] Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259.
[2]DIAS, Francisco Barros. Litigância de Má-Fé. Responsabilidade Solidária do Advogado. Disponível em: <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina134.doc>. Acesso em: 28 fev. 2006.

temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, a reembolsar a parte vencedora pelas despesas com as custas do processo e os honorários do advogado. Previa também que, não obstante vencedora, a parte que se tivesse conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deveria condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houvesse dado causa, e, ainda, que quando a parte, vencedora ou vencida, tivesse procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, seria condenada a pagar o décuplo das custas.

O Código de Processo Civil vigente em vários momentos disciplina o dever de lealdade processual, iniciando pelo seu art. 14, quando impõe às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, os deveres de expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; e cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Nesta linha de regramento, o art. 600, por sua vez, dispõe ser atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que frauda a execução; se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; resiste injustificadamente às ordens judiciais; ou não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Consoante se observa, se não bastasse as disposições do art. 14, aplicáveis em qualquer espécie de processo judicial, resolveu o Legislador disciplinar de forma específica os deveres de lealdade em relação ao processo de execução, dada a preocupação de garantir aos jurisdicionados maior efetividade ao princípio do devido processo legal e do direito ao processo justo e célere.

Tais regras moralizadoras, embora não incluam como destinatários expressos, também se aplicam aos Advogados que se sujeitam ao dever de lealdade processual e de ética para com os demais partícipes no processo. Não é outra a finalidade de alguns dispositivos da Lei n.° 8.906/94, a exemplo do seu art. 32, que impõe ao Advogado a responsabilidade pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Ou ainda, quando, nos termos do seu art. 34, considera

infração disciplinar a advocacia contra literal disposição de lei; o acarretamento, por ato próprio e consciente, da anulação ou nulidade de um processo em que funcione; ou o patrocínio a clientes ou a terceiros para a realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la.

Por outro lado, consoante cita Humberto Theodoro Junior[3]:

> "*A responsabilidade pela adequada repressão à má-fé processual e pela necessária valorização do processo justo repousa muito mais sobre o julgador do que sobre o legislador. Este pôs nas mãos daquele poderosos instrumentos éticos para moralizar o processo e tornar a prestação jurisdicional compatível com os anseios do Estado Social e Democrático. Do preparo e do esforço dos magistrados depende, portanto, a implantação efetiva do processo ético idealizado pela Constituição e normatizado pelo Código de Processo Civil.*"

Para tanto é que o legislador destinou ao Juiz, a teor do art. 125 do Código de Processo Civil, as atribuições de assegurar às partes igualdade de tratamento; velar pela rápida solução do litígio; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

2. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[4], definem o litigante de má-fé como sendo:

> "*a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de*

[3] **THEODORO JÚNIOR, Humberto**. Boa fé e lealdade processual. Disponível em:<http://www.americajuridica.com.br/begin.php?mostra=artigo&codigo_artigo=28>. Acesso em: 28 fev. 2006.

[4] Código de Processo Civil Comentado: Legislação Processual Civil Extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 397.

> *procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito."*

O Código de Processo Civil não conceituou a litigância de má-fé, mas definiu as condutas que a caracterizam, especificando-as no art. 17, segundo o qual, reputa-se litigante de má-fé, aquele que: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados; ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Observa-se que são hipóteses legais abertas, cabendo ao Juiz, com base em padrões ético-morais realizar a adequação do caso concreto.

Na primeira das hipóteses legais, qual seja, a de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, deve-se evitar a aplicação literal do dispositivo, pois do contrário poder-se-ia acarretar uma restrição ao princípio do contraditório e a ampla defesa ou do acesso à justiça, em função da ausência de clareza de muitos textos legais, circunstância que proporciona, inclusive, constantes variações de entendimento jurisprudencial acerca de determinado dispositivo de lei. É aplicável, portanto, apenas quando manifestamente perceptível a má-fé.

Na segunda hipótese, configurada pela alteração da verdade dos fatos, vale atentar que o direito a ampla defesa não é absoluto e, portanto, não autoriza as partes ou quem quer que intervenha no processo a aduzir intencionalmente fatos mesmo sabendo serem inverídicos, ou alterá-los de forma a possibilitar uma melhor adequação ao direito vigente ou a uma jurisprudência predominante. Segundo comenta Alexandre de Morais[5]:

> "*por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o*

[5] Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001. p. 118.

> *processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário."*

A terceira hipótese, materializada na situação de usar do processo para conseguir objetivo ilegal, alberga uma expressão muito ampla. Segundo Cândido Rangel Dinamarco[6], são exemplos:

> "*as demandas de separação judicial destinadas a frustrar credores mediante a subtração dos bens de um dos cônjuges à responsabilidade patrimonial (art. 591) ou afastar inelegibilidades etc. São casos de superlativa litigância de má-fé os chamados grilos imobiliários. Dois sujeitos em conluio simulam um litígio em torno de terras em relação às quais nenhum dos dois tem título legítimo, com o objetivo de obter para um deles um título e lesar legítimos possuidores."*

A quarta hipótese, caracterizada pela oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, configura uma violação intencional ao princípio da celeridade processual, bem como ao direito fundamental a uma prestação jurisdicional em prazo razoável. Esta hipótese pode também caracterizar violação ao dever de lealdade previsto no inciso V do art. 14 do Diploma Processual, ensejando a aplicação as sanções respectivas, melhor analisadas no capítulo seguinte. Pode-se exemplificar a hipótese a realização de prova pericial desnecessária, a contenção dos autos fora do Cartório por prazo superior ao fixado pelo Juiz de forma injustificada, a indicação de testemunhas residentes fora da Comarca ou no exterior que não tenham conhecimento útil ao processo, a interposição de recurso meramente protelatório, etc.

A quinta hipótese, também chamada litigância temerária, segundo Cândido Rangel Dinamarco[7]:

> "*consiste em comportar-se de modo doloso ou mediante uma imprudência ou incoerência de posições que repugne ao senso comum. Assim é a atitude da parte que, depois de haver suscitado a exceção de incompetência relativa,*

[6] Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 262.
[7] Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 263.

passa a sustentar a competência do foro onde a causa fora proposta; ou do advogado que substabelece os poderes ad judicia em um outro profissional, em relação ao qual o juiz da causa se considera impedido ou suspeito, com o objetivo de provocar-lhe o afastamento."

A sexta hipótese que reprime a provocação de incidentes manifestamente infundados e a última configurada pela interposição de recurso com intuito meramente protelatório, nada mais são que desdobramentos da quarta hipótese, pois ambas na realidade objetivam a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo. Podem ser citados como exemplos da sexta hipótese a exceção de incompetência, a impugnação ao valor da causa, o incidente de falsidade documental, a ação declaratória incidental, a reconvenção, os embargos de terceiro, a denunciação da lide, o chamamento ao processo, etc, desde que sem fundamento que os justifique.

3. AS SANÇÕES LEGAIS

O art. 18 do Código de Processo Civil prevê a imposição de multa e de uma indenização, aplicadas pelo Juiz, para todo aquele que for considerado litigante de má-fé, seja ele o vencido ou o vencedor. São, portanto, sanções de natureza pecuniária.

A multa tem caráter repressivo e visa punir a conduta da parte ou interveniente que violou o dever de lealdade processual, bem como inibir a repetição do ato. Em razão disso somente pode ser aplicada quando presente o dolo processual que é conceituado por Cândido Rangel Dinamarco[8] como sendo a "*conduta maliciosa, conscientemente endereçada a obter vantagem ilícita mediante prejuízo de outrem*." O texto legal prevê o valor máximo da multa que é de até (1%) um por cento sobre o valor da causa, devendo ser destinada à parte prejudicada e não ao Estado, em face de ausência de previsão expressa com esta última destinação.

A indenização, por sua vez, tem caráter ressarcitório e trata-se de uma modalidade de responsabilidade civil extracontratual e de natureza objetiva em relação ao dano, não necessitando de demonstração do

[8] Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 266.

dolo ou da culpa material do agente que o deu causa, mas tão somente da configuração, da mesma forma como em relação a multa, do dolo processual. Necessário, outrossim, é demonstração do dano, visto que sem ele, nada há a ser indenizado.

O ressarcimento engloba não só os prejuízos sofridos pela parte prejudicada, como também os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. Todavia, nas ocasiões em que for fixado nos próprios autos, estará limitado o Juiz ao percentual de (20%) vinte por cento sobre o valor da causa, consoante dispõe o parágrafo segundo do dispositivo ora comentado. Não sendo fixado nos próprios autos, em razão de alguma impossibilidade circunstancial, a quantificação do dano pode ser realizada em fase de liquidação de sentença.

Necessário mencionar, ainda, algo a respeito do parágrafo primeiro do art. 18 do Código de Ritos. Diz o texto de lei:

> *"§ 1°. Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária."*

Apesar de não aflorar tão claro do texto da lei, há na espécie duas hipóteses de solidariedade passiva. Isto porque, tratando-se o dano processual de um ilícito extracontratual, aplicável o art. 942 do Código Civil vigente.

Na primeira, o dano é causado por mais de um sujeito, todavia sem qualquer cooperação entre si para tal finalidade. Neste caso, a condenação deverá especificar a proporção da responsabilidade de cada um dos sujeitos.

Na segunda hipótese, o dano também é causado por mais de um sujeito, todavia, com prévia coligação de intenções, ou seja, a um desígnio conjunto previamente acertado para prejudicar a parte oposta. Neste caso, a condenação não fixa proporção de responsabilidades.

Em ambos os casos, em razão da solidariedade, o credor pode exigir o total da indenização de qualquer um dos devedores.

Percebe-se, nitidamente, a importância do controle do valor da causa pelas partes e até mesmo pelo Juiz quando da apresentação da resposta ou do recebimento da petição inicial, visto que se este valor

não corresponder ao valor do benefício econômico em disputa, a aplicação das sanções pela litigância de má-fé pode redundar na fixação de um valor tão diminuto que não surtirá os efeitos desejados.

Há que se mencionar, ainda, que embora não sejam expressamente assim definidas no Código de Processo Civil, as sanções previstas no art. 14, parágrafo único, art. 538, parágrafo único e art. 601, todos do Código de Processo Civil, são instrumentos de repressão à deslealdade processual e de preservação da dignidade da justiça, ou em última análise, de sanção à litigância de má-fé.

4. A OPERACIONALIZAÇÃO DO INSTITUTO

Inicialmente importa destacar que a Lei n.° 8.952/94, que alterou a redação do caput do art. 18 do Código de Processo Civil ampliou os poderes do juiz quando possibilitou que as sanções pela litigância de má-fé pudessem ser aplicadas de ofício, deixando de haver necessidade, portanto, de requerimento das partes. Tal modificação tem origem no fato de que a litigância de má-fé não só viola o interesse da parte prejudicada, mas o próprio exercício da jurisdição justa.

Neste item iremos responder a duas perguntas em especial, quais sejam: É possível aplicar as sanções da litigância de má-fé antes da sentença, ou apenas com ela? Haveria a necessidade de advertir as partes antes da decisão?

A primeira questão não é tratada freqüentemente na doutrina, encontrando escassos posicionamentos jurisprudenciais.

É importante frisar, todavia, que as sanções ao litigante de má-fé são apenas de natureza pecuniária e não privam a parte do direito que alega em juízo. É possível, portanto, em tese, que num mesmo processo uma mesma parte, ou até partes distintas num mesmo pólo, ou em pólos opostos, sejam sancionadas mais de uma vez ao longo da tramitação judicial. O texto da lei não especifica e nem restringe o momento em que deve ser realizado o controle da litigância de má-fé, razão pela qual não haveria óbice a aplicação das sanções antes da sentença.

Ocorre que se formos analisar as sanções individualmente, quanto à multa nenhuma dificuldade de ordem prática se afigura para que possa ser utilizada antes da sentença. Todavia, quanto à indenização,

parece-nos que o melhor seria que fosse fixada apenas quando da sentença, até porque seria o momento em que a instrução processual já estaria finalizada, possibilitando ao juiz uma análise mais completa e exauriente da existência ou não de dano à parte prejudicada, bem como do *quantum* desse dano.

Não entendo que a necessidade de formação do título executivo poderia constituir um óbice a que as sanções fossem aplicadas antes da sentença, pois, embora não conste dentre as hipóteses do art. 584 do Código de Processo Civil, já é pacífico o entendimento de que as decisões interlocutórias também formam títulos executivos judiciais, seja para aparelhar uma execução provisória, ou definitiva.

Neste sentido, Araken de Assis, citado por Antonio de Pádua Soubhie Nogueira[9]:

> "*Para Araken de Assis, o art. 587, ao mencionar apenas sentença, cometeu uma dupla impropriedade: 'em primeiro lugar, decisões interlocutórias comportam execução, porque, sendo condenatórias, geram título judicial, e inclusive a provisória, pois o agravo porventura interposto não obsta o andamento do processo (art. 497, 2ª parte), exceto nos casos do art. 558 ou se outro remédio (mandado de segurança e/ou medida cautelar) paralisar a eficácia do ato; ademais, acórdãos, que substituem o provimento da parte impugnada (art. 512), igualmente amparam execuções provisórias.*"

Há, em relação à indenização, apenas uma dificuldade de ordem prática, conforme acima já mencionamos.

O Superior Tribunal de Justiça já chegou a expressar-se sobre o tema, a exemplo do julgamento do Recurso Especial n.° 184914/2000, em que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cujo trecho do voto a seguir transcrevo:

> "*3. No que concerne ao segundo ponto, melhor sorte não merece o recurso. Não há norma legal a restringir*

[9] Execução Provisória da Sentença. Caracterização, princípios e procedimento. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

> *que a condenação em litigância de má- fé seja atribuída somente em sentença, até porque, como já se decidiu, pode ser "ela imposta mais de uma vez ao mesmo litigante, por atos diferentes no curso do processo"(RT 623/113). Com efeito, no momento em que se reputa o ato praticado em litigância de má-fé, recomendável que seja desde logo imposta a multa."*

Quanto ao segundo questionamento, o direito fundamental constitucionalmente previsto a um devido processo legal, bem como o dever de cooperação impõe ao juiz, mesmo agindo de ofício, a necessidade de ouvir as partes do processo. Primeiro para garantir o contraditório da parte supostamente prejudicada, possibilitando que participe dos atos processuais de forma efetiva. Em segundo, quanto ao litigante de má-fé, também para viabilizar o contraditório, bem como o exercício da ampla defesa, direito fundamental também previsto no texto constitucional.

Neste mesmo sentido Nelson Nery Junior[10] quando leciona que:

> "*vislumbrando a prática de ato caracterizador da litigância de má-fé, deverá o juiz dar oportunidade ao litigante inocente para que se manifeste a respeito, ao mesmo tempo em que deverá ser ouvido o improbus litigator para que se defenda (CF 5°, LV)."*

5. CONCLUSÕES

Após o estudo do tema é possível extrair as seguintes conclusões:

a) O dever de lealdade processual é fruto da evolução do direito processual civil e visa garantir aos que necessitam do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, a distribuição de um processo justo, que proporcione a igualdade de oportunidades entre as partes e reprima os atos atentatórios à dignidade da justiça.

b) Desde o Código de Processo Civil de 1939 já existia disposição legal, ainda de forma tímida, destinada a reprimir a deslealdade

[10] Código de Processo Civil Comentado: Legislação Processual Civil Extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 402.

processual e a litigância de má-fé, sendo que foi com o Código de Processo Civil vigente e após a Lei n.° 8.952/94, que o assunto foi tratado de forma mais ampla e específica, com expressa ampliação dos poderes do juiz no controle de tais atos, possibilitando-se que as sanções previstas pudessem ser aplicadas de ofício.

c) A multa e a indenização definidas como sanções aos atos de litigância de má-fé são de natureza puramente pecuniárias, não suprimem o direito da parte condenada e podem ser aplicadas tanto ao vencido, quanto ao vencedor da demanda.

d) A legislação não restringe a aplicação das sanções ao litigante de má-fé apenas na sentença, podendo, portanto, serem impostas em decisões interlocutórias tantas vezes quantas existirem a configuração do ato a ser reprimido, merecendo um destaque quanto à sanção indenizatória em face do inconveniente prático da quantificação do total do prejuízo antes de encerrada a instrução processual.

e) Em atenção ao princípio do devido processo legal e seus derivados, em especial o do contraditório, o da ampla defesa e o da cooperação, não se admite a imposição das sanções pela litigância de má-fé sem que se advirta e se possibilite a participação de ambas as partes acerca da matéria.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Francisco Barros. Litigância de má-fé. *Responsabilidade solidária do advogado.* Disponível em: < http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina134.doc>. Acesso em: 28 fev. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 3. ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. *Execução provisória da sentença: caracterização, princípios e procedimento*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa fé e lealdade processual.* Disponível em:<http://www.americajuridica.com.br/

begin.php?mostra=artigo&codigo_artigo=28>. Acesso em: 28 fev. 2006.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 34. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: 2000.
SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

PRERROGATIVAS DO ADVOGADO CRIMINALISTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O DIREITO DE DEFESA COMO CONTRAPONTO À FORÇA ESTATAL

Evânio Moura, Advogado Criminalista. Procurador do Estado de Sergipe. Pós-Graduado em Direito Público pela UFS. Professor de Direito Processual Penal da UNIT e da ESA – Escola Superior da Advocacia.

RESUMO: O presente texto aborda a atuação do advogado criminalista na *persecutio criminis* e a necessidade de respeito às prerrogativas do profissional da advocacia. Aponta os diversos equívocos e menosprezos às garantias inerentes ao direito de defesa e ao Estado Democrático de Direito, concluindo com sugestões de mudanças de paradigmas no foro criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado – Prerrogativas – *Persecutio Criminis* - Direito de Defesa.

ABSTRACT: This work analyses the action of the criminal lawyer in persecutio criminis and the necessity of respecting the rights of law professionals. Shows many mistakes and situatios in wich game of the defense rights and democracy rights aren't respected, concluding with suggestions of changes in criminal area.

KEY-WORDS: Lawyer – Rigths – Persecutio criminis – Defense Rights.

SUMÁRIO: 1. Intróito; 2. Principais dificuldades inerentes ao exercício da advocacia criminal; 3. Do menosprezo as prerrogativas do advogado. O Advogado criminalista: "*este ser perigoso*"; 3.1. Vedação ao advogado de acesso a autos de Inquérito Policial e procedimentos preparatórios utilizados como lastro para o oferecimento da ação penal; 3.2. Interceptação de aparelhos telefônicos utilizados pelo

advogados no exercício da profissão. Inversão do foco da investigação. Violação da inviolabilidade profissional do advogado; 3.3. Determinação de restrições ao acesso do advogado ao acusado preso, além de recusa em receber o advogado por parte de membros da Magistratura; 3.4. Realização de busca e apreensão em escritórios de advocacia; 3.5. Abertura de processos criminais em desfavor do advogado criminalista como mecanismo de intimidação; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRÓITO

Objetiva o presente trabalho demonstrar, ainda que de forma perfunctória, a relevância do respeito às prerrogativas profissionais do advogado com atuação na advocacia criminal, mormente durante a *persecutio criminis,* quer na esfera policial, durante o inquérito policial (civil ou militar), quer quando da *persecutio criminis in juditio* deparando-se com a atuação de magistrados e representantes do Ministério Público.

Recentemente tem-se noticiado um lamentável acréscimo de condutas, em especial da Polícia Federal e do Ministério Público, na maioria das vezes com respaldo em decisões canhestras emanadas de juízes de instância primeira, que representam verdadeiros vitupérios à classe dos advogados, ao sacrossanto direito individual à ampla defesa, ao devido processo legal e, sobretudo, aos princípios basilares da cidadania.

No dizer de prócer da advocacia brasileira "*o exercício da advocacia no Brasil hoje, com a orientação do Ministério da Justiça, Polícia Federal e juízes de primeiro grau, é quase um delito.*"[1]

Dessarte, no escopo de discutir referente temário é que se propõe a feitura do presente estudo, apontando as principais violações das prerrogativas profissionais na esfera da advocacia criminal e, ao final, realçando algumas medidas a serem encampadas em caráter permanente pelo Conselho Federal da OAB no firme propósito de combater e, quiçá debelar, a prepotência, a arrogância, o autoritarismo e todas as deploráveis condutas daqueles operadores do direito que possuem o mau vezo do comportamento arbitrário, não contribuindo

[1] BATOCHIO, José Roberto. *Entrevista concedida ao site da OAB com o título: ministro da justiça é responsável pelas invasões.* Acesso ao site www.aob.org.br em 19.06.05.

para que o Estado Democrático de Direito efetivamente floresça em nossas plagas.

2. PRINCIPAIS DIFICULDADES INERENTES AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA CRIMINAL

Dentre os diversos ramos da advocacia, certamente a advocacia criminal é a que se destaca por ser a mais incompreendida, criticada e cercada dos maiores riscos profissionais e pessoais.

É o advogado criminal que se depara em seu dia-a-dia profissional com as carceragens, com as autoridades policiais, com oficiais militares, dentre outros.

Em seu labor e lida diários defronta-se o advogado criminalista com membros do Ministério Público que olvidando seu verdadeiro papel constitucional acusam com uma veemência despropositada, esquecendo-se da vigente filosofia institucional, fruto de lições doutrinárias que delimitam a atuação do *parquet*, afirmando[2]:

> Hoje, contudo, longe de ser visto como um simples acusador público, obrigado a acusar a qualquer preço, ao contrário, o órgão do Ministério Público, detendo em mãos a titularidade da ação penal, acabou constituindo um primeiro fator da própria imparcialidade judicial dos julgamentos, já que possibilita, com sua iniciativa, o princípio da inércia da jurisdição.

Depara-se, ainda, o advogado criminal, com alguns magistrados que em detrimento da magistratura se convertem em verdugos, "*juízes que enodoam a magistratura*" no dizer de criminalista pátrio[3].

Além disso, sabe-se que o criminalista exerce o seu trabalho muitas vezes atuando em causas tidas pela *opinio populi* como antipáticas, injustas e ofensivas. Sacrificando-se em nome do direito de defesa

---

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público.* 3ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 1996, p. 217.

[3] RIOS, Rodrigo Sanches. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos Advogados*. OAB/PR, 2004, pp. 31-33.

constitucionalmente a todos assegurado, independentemente do ilícito pelo qual venha a ser acusado o indivíduo (art. 5º, LV, *Lex Mater* e art. 261, Código de Processo Penal).

Oportuno lembrar o que diz o art. 21 do Código de Ética e Disciplina dos Advogados, sendo taxativo em afirmar:

> Art. 21 – É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Tem sofrido, também, o advogado criminal com a generalização, com as ofensas perpetradas por uma imprensa que não forma a opinião pública, antes a deforma, com incompreensões de toda parte, com ataques pessoais a sua honorabilidade, como afirma professor e advogado de grande respeitabilidade[4], *ad litteram*:

> Certos profissionais da mídia e muitos *juristas de plantão* compõem a vasta fauna dos *juízes paralelos*, ou seja, todos os que se consideram capazes de decidir sobre as condutas alheias com o mesmo peso de uma sentença irrecorrível. Nas áreas humanas e sociais é comum a prática de um *jornalisme à sensation* repletos de clichês acerca do endurecimento da lei e do estímulo às expedições punitivas. Esses *esquadrões de justiçamento sumário* transformam a notícia em libelo. *Âncoras* e outros especialistas da informação usam a palavra como lâmina de guilhotina a ceifar a honra e a dignidade das pessoas contra as quais existe a análise incipiente de um fato ilícito.

Deve-se, por derradeiro afirmar, que uma pequena quantidade de advogados com atuação no Direito Criminal tem desbordado dos lindes éticos, tem conspurcado o nome dos advogados brasileiros, tem feito tábua-rasa dos princípios norteadores de nossa profissão.

---

[4] DOTTI, René Ariel. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos Advogados*. OAB/PR, 2004, pp. 10-11.

Estes maus advogados não aprenderam a grande lição de Evaristo de Morais[5]:

> O paradoxo do advogado: suposto absurdo de poder um homem se conservar honesto e digno, embora defendendo causas más e grandes criminosos.

Infelizmente, a falta de zelo com os preceitos éticos, o desrespeito ao Estatuto do Advogado e seu Código de Ética e Disciplina, a falta de compromissos profissionais, faz de alguns profissionais, exemplarmente punidos pelo Conselho Federal, destaque-se, verdadeiros "*advogados criminosos*", para usar a expressão do colega Paulo Roberto Gouvêa Medina que em excelente texto vaticina[6]:

> Não há porque recorrer a expedientes escusos para alcançar êxito na nobre missão de advogado criminal. Não há porque ceder às tentações e violar deveres éticos, a pretexto de dar ao constituinte a melhor defesa. Não há porque se expor, perante a opinião pública, em situações delicadas, levando as pessoas a fazer do defensor o mesmo juízo que fazem do acusado.

Não se concebe a atuação do advogado *pombo-correio*, do advogado que extrapola a assessoria jurídica e passa a ser mentor intelectual de ilícitos, integrando quadrilha ou bandos, do advogado que contribui para a prática de ilícitos. Estes advogados turvam a profissão e impõem uma pecha nos demais colegas, devendo, pois, serem excluídos de nosso órgão de classe, empós exemplarmente punidos.

Não deve, também e principalmente, o advogado com atuação no Direito Criminal vir a atuar em prol dos poderosos, esquecendo os mais humildes, os deserdados de nossa pátria, àqueles que são largados à própria sorte. O verdadeiro criminalista é aquele que aprendeu que

---

[5] *Apud*, MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Advocacia Criminal e advocacia criminosa.* Ética na Advocacia, 2º Volume. Coordenação: Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Editora OAB, 2004, p. 346.

[6] Idem, ibidem, p. 347.

"*sofrer a dor alheia, dói mais que sofrer a própria dor*", com bem disse Rui em sua clássica obra[7]:

> Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. (...) Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas quando justas. (...) Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade.

Pois bem, é o advogado criminalista, com toda esta carga de dificuldades, com todo este espectro profissional, verdadeiro plexo de atribuições e preocupações cotidianas que hodiernamente tem sofrido com mais freqüência os abusos e vitupérios a suas prerrogativas profissionais.

Sobre as principais arbitrariedades este trabalho dedicar-se-á nos tópicos seguintes.

3. DO MENOSPREZO ÀS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO. O ADVOGADO CRIMINALISTA "ESTE SER PERIGOSO"

Sabe-se que o advogado é imprescindível à administração da justiça (art. 133, Constituição Republicana) e cujo ministério profissional, embora privado, possui relevante função social, apresentando múnus público (art. 2º, Lei nº 8.906/94).

Para assegurar que bem e fielmente o advogado exerça o seu papel, com independência, altivez e zelo, considerando que muitas vezes o

[7] BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços.* 17ª edição, Editora Ediouro:Rio de Janeiro, 2000, pp. 83-84.

advogado encontra-se litigando contra o Estado e suas instituições que possuem diversos mecanismos de organização e estrutura de poder, são asseguradas em lei[8] diversas prerrogativas profissionais, sendo que a respeito das prerrogativas já se afirmou[9]:

> Se no passado, prerrogativa podia ser confundida com privilégio, na atualidade, prerrogativa profissional significa direito exclusivo e indispensável ao exercício de determinada profissão, no interesse social. Em certa medida direito-dever, e no caso da advocacia, configura condições legais de exercício de seu múnus público.

As prerrogativas dos advogados são em verdade prerrogativas do indivíduo, do cidadão frente ao Estado, diante dos poderes constituídos e das instituições, no escopo de que "*se estabeleça minimamente uma composição de forças entre o Estado Acusador, o Estado investigante e o indivíduo suspeito, submetido a constrangimentos*"[10].

Dentre as prerrogativas do advogado, na atuação criminal merecem destaque o direito de consultar autos de inquérito policial, ainda que considerado sigiloso, o direito de conversar pessoal e reservadamente com seu constituinte, ainda que sem procuração, o direito de ter preservado o sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório e de suas comunicações (telefônicas, escritas, etc) e o direito de ser atendido pelas autoridades do processo para tratar de assuntos inerentes ao exercício da defesa.

Ademais, merece destaque que o Advogado Criminalista que atua com independência e altivez transforma-se para a mídia e para alguns "formadores de opinião" em ser perigoso, indivíduo que busca impunidade, profissional que se beneficia das brechas da lei.

Ledo engano.

---

[8] Estatuto da Advocacia – Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.

[9] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia.* 2ª edição, Editora Brasília Jurídica: Brasília-DF, 1999, p. 46.

[10] REALE JÚNIOR, Miguel. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas Profissionais dos Advogados.* OAB/PR, 2004, p. 20.

Em verdade, o Advogado com atuação no foro criminal, deve buscar todos os mecanismos legais para de forma satisfatória fazer jus ao mandato que lhe fora outorgado, defendendo com toda maestria possível o sacrossanto direito de liberdade. Tem o criminalista em suas mãos a responsabilidade de zelar pelos direitos alheios, em especial pela liberdade do ser humano. Deve se insurgir contra todas as formas de arbítrio, denunciar as ilegalidades, buscar as instâncias superiores, não se conformar com a injustiça imposta a seu constituinte. Este o perfil do verdadeiro criminalista. Esta a idéia de ampla defesa talhada na Constituição Federal. Por isso, que para alguns setores o criminalista incomoda tanto, convertendo-se em *"ser perigoso"* que merece sofrer limitações.

Portanto, pode-se reiterar que violar referidos direitos é menosprezar o exercício da advocacia como um todo, é conspurcar o Estado Democrático de Direito. Como fora afirmado alhures, graves têm sido os menosprezos às prerrogativas do advogado quando da *persecutio criminis*, sendo algumas das principais e mais recorrentes hipóteses destacadas neste breve ensaio.

3.1 VEDAÇÃO AO ADVOGADO DE ACESSO A AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL E PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS UTILIZADOS COMO LASTRO PARA O OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL

Embora sendo o Inquérito Policial um procedimento informativo de natureza meramente apuratória, inquisitorial e dispensável, com a finalidade de buscar provas no sentido de demonstrar a existência de infração penal, colhendo informações sobre o fato criminoso, não incidindo o princípio constitucional do contraditório[11], não se apresenta como possível criar óbices a atuação do advogado.

Mesmo não existindo contraditório na fase inquisitorial, deve ao advogado ser franqueado o direito de acesso aos autos do Inquérito Policial, para que possa não só fiscalizar a prova já produzida sob o prisma da legalidade (podendo ingressar com diversas medidas jurídicas,

[11] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* Vol. 01. 25ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2003, p. 204.

como, *v.g.*, argüir a ilicitude da prova colhida, demonstrar a violação de garantidas constitucionais, requerer arbitramento de fiança, relaxamento de prisão em flagrante, revogação de prisão temporária e prisão preventiva, ajuizamento de *habeas corpus* preventivo e liberatório em favor do indiciado, requerer o trancamento do Inquérito Policial ante a atipicidade da conduta, extinção da punibilidade, etc.).

Para que o advogado exerça de forma adequada o seu múnus público é mister que tenha acesso, que se permita a consulta, a extração de cópia reprográfica, a análise meticulosa dos autos.

Não por outra razão é que existe a previsão guardada no art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 com a seguinte literalidade:

> Art. 7º. São direitos do advogado:
> XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findo ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Pois bem, mesmo diante de um dispositivo redigido com uma clareza de doer nos olhos, sem margem para polêmicas, diversos são os autores e, sobretudo, operadores do direito, delegados de polícia com amparo em decisões de magistrados e Tribunais (de Justiça, Regionais Federais e até Superiores), que se insurgem contra esta prerrogativa profissional.

Seria o caso de indagar: se ao advogado é vedado o acesso aos autos do Inquérito Policial como pode o mesmo argüir a ilicitude da prova, a ilegalidade da prisão, a desnecessidade da busca e apreensão, o constrangimento do indiciamento, a possibilidade de trancamento do procedimento investigatório, dentre outras medidas?

A quem interessa um procedimento feito às escondidas? À sorrelfa?

Consigne-se que mesmo sendo o Inquérito Policial um procedimento sigiloso (art. 20, Código de Ritos Processuais), este sigilo não pode abranger a pessoa do advogado, tolhendo o seu exercício profissional.

Mesmo sendo evidente esta conclusão, existem aqueles que pensam o contrário, podendo-se citar o seguinte entendimento:

> Assim, se a autoridade responsável pelo I.P. ou Procedimento Investigatório considerar que se o advogado obtiver vistas dos autos e puder tomar apontamentos isto poderá trazer prejuízos irreparáveis à atuação da Polícia e do Ministério Público, em evidente prejuízo ao Princípio da Busca da Verdade Real; poderá negar, em despacho fundamentado, vistas dos autos a qualquer Advogado e a qualquer parte que possa porventura estar implicada na apuração[12].

A predominar este entendimento, tem-se verdadeiro menosprezo pelo texto do Estatuto dos Advogados.

Alguns, ainda, argumentam ser necessário decretar judicialmente o sigilo do Inquérito Policial para que se vede o acesso ao advogado[13].

Felizmente esta não é a concepção que predomina no Egrégio Supremo Tribunal Federal, eis que para a Excelsa Casa de Justiça vedar o acesso aos autos do Inquérito Policial ao advogado constitui constrangimento ilegal passível de vir a ser sanado pela via do *habeas corpus*.

O eminente Conselheiro Federal da OAB pelo Estado de São Paulo e membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas dos Advogados em duas oportunidades ajuizou Remédio Heróico junto ao STF no escopo de obter vista dos autos do Inquérito Policial, sendo que em ambas as hipóteses logrou êxito (HC nº 82.354-8/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e HC nº 86.059-1/PR, Rel. Min. Celso de Mello), calhando a fiveleta transcrever breve trecho do segundo julgado que afirma:

> Vê-se, pois, que assiste ao investigado, bem assim ao seu Advogado, o direito de acesso aos autos, podendo examiná-los, extrair cópias ou tomar apontamentos (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), observando-se quanto a tal prerrogativa,

---

[12] MENDRONI, Marcelo Batlouni. *O sigilo na fase pré-processual.* RT 773, março de 2000, p. 493.

[13] JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 21ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2004, p. 24.

> orientação consagrada em decisões proferidas por esta Suprema Corte (Inq 1.867/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 23.836/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.), mesmo quando a investigação, como no caso, esteja sendo processada em caráter sigiloso, hipótese em que o Advogado do investigado, desde que por este constituído, poderá ter acesso às peças que digam respeito, exclusivamente, à pessoa do seu cliente e que instrumentalizem prova já produzida nos autos, tal como esta Corte decidiu no julgamento do HC 82.354/PR, Rel. Min. SEPULVEDA PERTECE.[14]

Como se depreende do julgado acima parcialmente transcrito, a única exigência que pode ser feita ao advogado é a exibição do instrumento procuratório, sendo-lhe assegurada a consulta dos autos, ainda que tramitem em sigilo, possibilitando-se com isso que o advogado exerça o papel de fiscal da prova obtida, da regularidade procedimental do Inquérito Policial, dos prazos estabelecidos, das etapas procedimentais realizadas, dentre outras medidas.

Não há margem para polêmicas. Em sendo assim, indaga-se: porque Delegados de Polícia e Juízes, até mesmo ministros de Tribunais Superiores[15], se opõem ao exercício desta relevante prerrogativa?

Todos àqueles que criam, propositadamente, embaraço ao advogado, vilipendiam as prerrogativas do profissional do direito cuja *meta optata* é a defesa dos interesses de seu constituinte, incorrem na prática do tipo penal contido no art. 3º, alínea *j*, da Lei nº 4.898/65, ou seja, pratica abuso de autoridade ao "*atentar contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional*".

Como pode o advogado ser indispensável a administração da justiça, contribuir com o Poder Judiciário, ser um profissional da iniciativa

---

[14] Voto obtido no site www.stf.gov.br, acesso em 28.06.2005.

[15] "Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado, pois, sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado" (RHC 13.360, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 4.8.2003, p. 327).

privada que presta múnus público com relevante valor social, se ao mesmo são impostas peias na sua atuação, se obstáculos os mais diversos são apresentados no firme propósito de criar embaraços ao pleno exercício do direito de defesa, do direito ao contraditório, do direito ao devido processo legal, do direito ao respeito à liberdade, dentre outras conquistas caras ao Estado Democrático de Direito.

Servindo de arremate cita-se importante estudo doutrinário que afirma:

> Entretanto, somente o advogado livre em seu mister é indispensável à administração da justiça. O advogado cerceado, coagido, acuado, ou impedido de praticar os atos necessários ao cumprimento do mandato, não pode cumprir o papel que se lhe exige a Constituição da República[16].

Portanto, todo e qualquer ensaio de proibição de acesso aos autos do Inquérito Policial por parte de Autoridades Policiais e Judiciais, sob o tosco argumento de que o feito tramita em sigilo deve ser rechaçado, merecendo aplauso o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Não se admite mais um inquérito policial com a adoção de regras oriundas da Idade Média. Não devem ser seguidos os ensinamentos de Torquemada, deve-se, após quase 18 anos de vigência daquela que fora batizada de carta cidadã, por em prática as regras inerentes ao Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais existentes para serem exercidos pelo cidadão, inclusive e principalmente diante do Estado.

3.2 INTERCEPTAÇÃO DE APARELHOS TELEFÔNICOS UTILIZADOS PELOS ADVOGADOS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. INVERSÃO DO FOCO DA INVESTIGAÇÃO. VIOLAÇÃO DA INVIOLABILIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO

Uma outra prática lamentável que pode ser constatada nos dias que correm é a interceptação telefônica de números telefônicos pertencentes

[16] MARQUES, Jader. *Prerrogativas do Advogado: uma garantia da sociedade*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 28, outubro-novembro 2004, p. 75.

a escritórios de advocacia[17], contribuindo, com isso, para que se viole o sigilo profissional e para intimidar, sobretudo, o livre exercício profissional.

A respeito do sigilo do advogado, assegurado na Lei nº 8.906/94, sabe-se que constitui infração disciplinar a sua violação sem a justa causa (art. 34). Justamente para enfraquecer referida prerrogativa é que se tem, com redobrada freqüência, interceptado conversa telefônica do advogado com seus clientes ou com outros profissionais da advocacia, violando-se até não mais poder, o preceito estatutário agasalhado no art. 7º, II, da Lei 8.906/94, que assegura o sigilo das comunicações telefônicas do advogado.

A respeito do sigilo profissional cita-se importante estudo:

> O dever de sigilo profissional é, se assim podemos chamar, um benefício. Mas seu destinatário é menos o advogado, e mais o seu cliente, já que foi instituído como uma garantia a quem recebe os serviços jurídicos – o constituinte, ou cliente. Justifica-se na medida em que sustenta a própria relação entre este e seu advogado, que, como já dissemos inúmeras vezes, se norteia basicamente pela confiança[18].

Portanto, além de menosprezar a Carta Política de 1988, produzindo-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF) a interceptação do telefone do advogado quando o mesmo não está sendo objeto de investigação criminal (Lei nº 9.296/96) é algo abjeto, reprovável e indigno, posto que, por via transversa, através da conversa que deveria ser reservada, viola-se o necessário e imprescindível sigilo profissional.

Este o entendimento da doutrina:

> Em nenhuma hipótese, pode haver interceptação telefônica do local de trabalho do advogado,

[17] Advogados Criminalistas de Sergipe pedem providências a respeito da interceptação telefônica. Notícia divulgada no site www.oab.se.org.br, acesso em 24.06.2005.

[18] RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência selecionada.* 4ª edição, Editora OAB/SC, 2003, p. 557.

> mesmo autorizada pelo magistrado, por motivo de exercício profissional. A hipótese prevista no inciso XII, do art. 5º da Constituição (ser admitida, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), aplica-se apenas à própria pessoa do advogado, por ilícitos penais por ele cometidos, mas nunca em razão de sua atividade profissional[19].

As interceptações telefônicas já tendem a ser uma prova de natureza abusiva quando decretadas em desfavor dos investigados, sendo que abundam feitos em curso nos Tribunais discutindo a legalidade da prova, posto que realizadas em desprezo ao querer da Lei nº 9.296/96, como, por exemplo, a interceptação por maior prazo do que o previsto em lei, ausência de fundamentação na decisão judicial que determina a interceptação, ausência de transcrição fidedigna da interceptação, etc, sendo sobreditas hipóteses noticiadas pela doutrina mais abalizada[20], imagine-se a interceptação telefônica do escritório do advogado para, com referido expediente, se buscar provas e instruir eventual Inquérito Policial ou Ação Penal. Evidentemente que sobredita situação se apresenta como excrescência a ser rebatida sem qualquer laivo de dúvida.

Combater esta hipótese significa zelar pela integralidade do *due process of law* e, em especial, para proteger a dignidade do Poder Judiciário, consoante afirmava Ruy de Azevedo Sodré[21] em sua clássica obra, posto que diante de um Judiciário moroso, claudicante em matéria de garantias individuais, que faz mal ao nome da justiça, que não se preocupa com a violação das prerrogativas do advogado, contribuindo para o amesquinhamento da cidadania, insere-se indeléveis perdas ao Estado Democrático de Direito, diminuindo, ainda, a verdadeira dimensão da advocacia.

---

[19] LÔBO, Paulo Luiz Netto, ob. cit., p. 56.

[20] BITENCOURT, Cézar Roberto e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico Aplicado*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2004, pp. 333-366.

[21] SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado.* 3ª edição, Editora: LTr, 1975.

3.3 DETERMINAÇÃO DE RESTRIÇÕES AO ACESSO DO ADVOGADO AO ACUSADO PRESO, ALÉM DE RECUSA EM RECEBER O ADVOGADO POR PARTE DE MEMBROS DA MAGISTRATURA

Diz o Estatuto do Advogado em seu art. 7º, VI, *b*, *in verbis*:

> Art. 7º - São direitos do advogado:
> VI – ingressar livremente:
> b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares.

Presencia-se, sobretudo em desfavor dos advogados mais jovens, em início de carreira, a criação de diversas dificuldades, impedimento de acesso ao constituinte, estabelecimento de horários para que o advogado tenha a oportunidade de conversar com seu cliente pessoalmente e de forma reservada como assegura a lei.

Em alguns Estados da Federação chega-se ao absurdo de, por portaria, estabelecer horários para que o advogado tenha acesso aos presos cautelares à disposição da Polícia Civil. Hipóteses iguais a esta ocorrem em todos os rincões deste vasto país. Espezinha-se a prerrogativa estatutária, faz-se tábua rasa de importante prerrogativa que deve ser posta à disposição da cidadania, do indivíduo que fora preso ou que se encontra sendo objeto de investigação policial ou de um processo judicial.

Estes tratamentos dispensados pelas autoridades públicas (autoridades policiais, ministério público e magistrados), completamente à margem da lei, lamentavelmente encontram-se espraiados em todo o território nacional, afetando, inclusive, os grandes expoentes da advocacia criminal, sendo denunciada pelo sapiente criminalista Alberto Zacharias Toron que afirmou:

> Mas é humilhante como deixam os advogados esperando. Não ter acesso ao juiz é outra forma de abuso de autoridade porque viola prerrogativa

> assegurada aos advogados que o fazem não para gáudio próprio, que o fazem por uma necessidade de bem defender o cidadão. Então nós vamos à cúpula do Judiciário, local, regional ou federal que o seja. E nós vamos ver que está acontecendo isso. E o Judiciário vai se posicionar. Se quer que isto seja assim, tem que ficar às claras porque estas práticas, assim que acontecem como se não estivem acontecendo. Acontecem como se nós estivéssemos em uma espécie de faz de conta e as coisas não vem (sic) a tona. Então vamos colocar à tona. É esse o Judiciário que vocês querem? Um judiciário no qual o advogado não tenha acesso aos juízes?[22]

Portanto, a quem interessa humilhar o advogado, fazendo-o esperar por horas a fio na esperança de falar com o Juiz titular de determinada Vara, com o Relator de seu Recurso, *Habeas Corpus* ou Processo, no escopo de discutir ou apresentar seu arrazoado para o julgador?

Só não interessa ao Estado Democrático de Direito, certamente. Urge combater, também esta hipótese de menosprezo a Lei nº 8.906/94, fazendo com que seja cumprido o art. 6º, parágrafo único, que determina a necessidade de que as autoridades dispensem ao advogado no exercício da profissão um tratamento condizente com a dignidade da advocacia, o que, consoante afirmado alhures, lamentavelmente em alguns casos deixa de ocorrer.

3.4 REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

A inviolabilidade do advogado, contida no Estatuto da Advocacia (art. 7º, II), alcança o seu local de trabalho, posto que uma extensão de sua atuação profissional.

Embora de uma clareza meridiana, diversas denúncias têm chegado ao Conselho Federal e aos Conselhos Seccionais versando sobre a

[22] TORON, Alberto Zacharias. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas Profissionais dos Advogados.* OAB/PR, 2004, pp. 43-44.

expedição de mandados de busca e apreensão em desfavor de advogados criminalistas. Agora, àquelas provas que interessam ao Delegado e ao *Parquet* são arrancadas com violência dos escritórios dos advogados, mediante mandados de busca e apreensão abusivos, geralmente desprovidos de fundamentação adequada, em franco desrespeito ao querer da Carta Política e da legislação pátria.

Em nome de um suposto combate a criminalidade entra-se em uma espécie de "*vale-tudo*", com amplo respaldo dos veículos de comunicação que adoram o espetáculo midiático, estampado no jornal ou transmitido no horário nobre, e com a complacência de juízes que a tudo "*legitimam*"[23].

Ainda sobre a inviolabilidade do local de trabalho do advogado reza a doutrina:

> Em relação ao local de trabalho do advogado há também o impedimento absoluto à apreensão de qualquer documento pertencente ao seu constituinte suspeito ou acusado, salvo quando constituir elemento de corpo de delito. O dispositivo legal encerra a prerrogativa própria da função, porque o Advogado é indispensável a administração da Justiça (art. 133, C. F.), equiparando-se, nesse mister ao Membro do Ministério Público e ao próprio Juiz, dividindo com eles a responsabilidade pela parcela da soberania do Estado (atividade jurisdicional)[24].

Portanto, não remanesce qualquer laivo de dúvidas, a menor réstia de incertezas no sentido de que a expedição de mandados de busca e apreensão em escritórios de advocacia, no intuito de capturar documentos e outras provas, confiados pelo cliente ao seu advogado, constitui flagrante desrespeito às prerrogativas amalgamadas no Estatuto

---

[23] "*São jovens magistrados que não participaram da luta sangrenta pela redemocratização do País, pela conquista das liberdades individuais e que têm um espírito positivista, burocrata e autoritário*". In, Batchio: ministro da Justiça é responsável pelas invasões: www.oab.org.br, acesso em 19.06.05.

[24] MUND, Carlos Henrique. *Busca e apreensão, intimidades e prerrogativas da OAB*. www.oab.or.br, acesso em 28.06.05.

do Advogado e da Advocacia, implicando em ilicitude a ser diretamente combatida pela OAB e por todos àqueles que acreditam no Estado Democrático de Direito.

3.5 ABERTURA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM DESFAVOR DO ADVOGADO CRIMINALISTA COMO MECANISMO DE INTIMIDAÇÃO

Um outro lamentável constrangimento sofrido, com especial freqüência, pelos advogados que militam no foro criminal, diz respeito a abertura de processos penais para apurar a prática de supostos delitos contra autoridades, mormente juízes e membros do Ministério Público.

Embora constante no Estatuto da Advocacia que o Advogado possui imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação e desacato suas manifestações exaradas nos autos ou em razão da causa, na busca da defesa dos interesses de seus constituintes (art. 7º, § 2º, Lei nº 8.906/94), referido preceito, no que pertine ao desacato não está sendo aplicado, posto que a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada no Supremo Tribunal Federal sob o nº 1.127-8, sendo concedida liminar, suspendendo a eficácia do dispositivo legal no que pertine a interpretação de que o dispositivo não abrange o crime de desacato a autoridade judiciária.

Por incrível que pareça, referida Ação argüindo a inconstitucionalidade de vários artigos do EOAB (Lei nº 8.906/94) fora ajuizada há mais de 10 (dez) anos e até o presente momento não fora colocada em pauta para julgamento do mérito[25]. Mais de uma década para julgar uma Ação Direta de Constitucionalidade de grande repercussão. Este um grave desrespeito imposto a todos os advogados pelo Pretório Excelso.

Pois bem, como não se encontra em vigor o dispositivo no que pertine a desacato às autoridades judiciais, diversos são os processos iniciados em desfavor dos advogados que no pleno exercício de sua profissão tiveram que se portar de forma mais ríspida, enérgica, de maneira mais veemente.

[25] ADIn nº. 1.127-8.

É como se o juiz tivesse na algibeira uma arma secreta contra o advogado: se sua atuação for muito independente, ampla e destemida, poderá ser processado por desacato. Absurdo que deve ser prontamente corrigido, possibilitando-se com o julgamento da ADIn 1.127-8 a declaração da constitucionalidade do preceito contido no Estatuto, maior liberdade, o que não significa impunidade ou estímulo a um tratamento inadequado por parte do advogado.

O verdadeiro advogado cumpre o seu Código de Ética e porta-se com lhaneza no trato para com as demais autoridades, entrementes, deve atuar com destemor e independência (art. 2º, II, Código de Ética e Disciplina da OAB).

Caso na atuação com destemor venha a enfrentar autoridades que desejem espezinhar as suas prerrogativas, deve-se buscar todos os mecanismos hábeis, não se preocupando com a ameaça de abertura de processos criminais por suposto desacato.

A verdadeira autoridade judicial é aquela que possibilita ao advogado no desempenho de seu mister, prenhe de vocação, que este atue nos exatos limites do que fora preconizado por Maurice Garçom:

> Quando o juiz sabe que o letrado que tem na sua presença é um homem escrupuloso, incapaz de o enganar, dispensa-lhe uma confiança que lhe confere uma autoridade incontestada. O julgador acredita na palavra de quem nunca se mostrou complacente consigo mesmo e que é incapaz de atraiçoar a sua consciência. A confiança que por tais motivos outorga ao advogado é a melhor recompensa da sua honestidade e confere-lhe um crédito ilimitado[26].

Portanto, não deve o advogado ser ameaçado com processo por desacato se eventual entrevero existente entre referido profissional e demais autoridades, inclusive judiciária, se deu na discussão da causa e dentro dos limites do processo. Sobredita possibilidade serve como mecanismo intimidatório do advogado, enfraquecendo, sem dúvida, o Estado Democrático de Direito.

[26] *Apud*, RAMOS, Gisele Gondim. Ob. cit., p. 02.

4. CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo do presente texto conclui-se pela premente necessidade de mudança de paradigmas, sendo imperioso afirmar que a Constituição Federal ainda não bateu em todas as portas, ainda não adentrou nos calabouços que são os presídios brasileiros, ainda não perfurou a barreira dos porões das delegacias de polícia, também não se aplica de forma comezinha por alguns magistrados e representantes do Ministério Público que põem em prática a máxima de Abraham Lincon que ao estudar as estruturas de poder afirmou: "*quase todos os homens são capazes de suportar adversidades, mas se quiser por à prova o caráter de um homem, dê-lhe poder*".

Dessa forma, espera-se que em um futuro próximo não se apontem com tamanha freqüência casos de violência, de abuso, de arbítrio, onde os advogados criminais não sofram perseguições e não sejam achincalhados pelo exercício de tão belo ofício, onde ao invés de ser considerado como *"ser perigoso"*, venha a ser enxergado como indispensável parceiro na busca do Estado Democrático de Direito e de todos os seus consectários lógicos.

5. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços.* 17ª edição, Editora Ediouro:Rio de Janeiro, 2000.

BATOCHIO, José Roberto. *Entrevista concedida ao site da OAB com o título: ministro da justiça é responsável pelas invasões.* Acesso ao site www.aob.org.br em 19.06.05.

BITENCOURT, Cézar Roberto e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado.* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2004.

DOTTI, René Ariel. *Anais do encontro brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos advogados*. OAB/PR, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado.* 21ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia.* 2ª edição, Editora Brasília Jurídica: Brasília-DF, 1999.

MARQUES, Jader. *Prerrogativas do advogado: uma garantia da sociedade.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 28, outubro-novembro 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do ministério público.* 3ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 1996.
MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Advocacia criminal e advocacia criminosa.* Ética na Advocacia, 2º Volume. Coordenação: Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Editora OAB, 2004.
MENDRONI, Marcelo Batlouni. *O sigilo na fase pré-processual.* RT 773, março de 2000.
MUND, Carlos Henrique. *Busca e apreensão, intimidades e prerrogativas da OAB.* www.oab.or.br, acesso em 28.06.05.
RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia – comentários e jurisprudência selecionada.* 4ª edição, Editora OAB/SC, 2003.
REALE JÚNIOR, Miguel. *Anais do encontro brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos advogados.* OAB/PR, 2004.
SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado.* 3ª edição, Editora: LTr, 1975.
TORON, Alberto Zacharias. *Anais do encontro brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos advogados.* OAB/PR, 2004.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* Vol. 01. 25ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2003.

DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E DA APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES APÓS A DESCLASSIFICAÇÃO NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

Eudóxio Cêspedes Paes, Juiz de Direito Substituto/SE

RESUMO: O objetivo deste artigo é definir qual o juízo competente para o julgamento do feito criminal na hipótese de desclassificação de uma conduta inicialmente tipificada como crime doloso contra a vida para uma infração penal com natureza diversa, bem como avaliar a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, de forma subseqüente à referida desclassificação.

PALAVRAS-CHAVE: Competência – Institutos despenalizadores.

ABSTRACT: The purpose of this article is to define which court should process the trial of a criminal suit when an action that was first classified as an intentional crime against life has its nature changed to a different crime, as well as to analyse the possibilities of applying, in this hypothesis, the depenalizing institutes of Law n° 9.099, from september 26th 1995, as a consequence of the new nature of the crime.

KEY-WORDS: Jurisdiction - Depenalizing institutes.

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri possui grandes entusiastas e severos críticos. Em verdade, dificilmente haverá profissional da área jurídica que assuma uma postura de indiferença com relação a esta democrática instituição.

Em razão das peculiaridades que marcam o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, sobretudo no que concerne à aferição do elemento volitivo do agente, são freqüentes as situações em que se verifica a desclassificação da conduta delituosa para uma infração penal não compreendida na competência do Tribunal Popular.

Nesses casos, deve-se verificar se o magistrado que processa o feito ainda detém a competência para o seu julgamento após a desclassificação, observando o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*[1]. A correta definição da competência é fundamental para a validade jurídica do *decisum* e homenageia o princípio constitucional do juiz natural.

Fixada esta primeira questão, indaga-se acerca da possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exemplo da suspensão condicional do processo e da transação penal, após a decisão desclassificatória proferida no procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

2. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Preliminarmente, deve-se fixar a competência do Tribunal do Júri.

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXXVIII, alínea *d,* dispõe que:

> *"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *(...)*
> *XXXVIII. É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, observados:*
> *(...)*
> *d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".*

São considerados crimes dolosos contra a vida o homicídio, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto, cujas condutas típicas estão descritas no Código Penal Brasileiro.

O artigo 74 do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece regra de competência nos seguintes termos:

---

[1] Para Dinamarco, o princípio pode ser definido como aquele segundo o qual todo juiz tem competência para apreciar sua competência para examinar determinada causa.

> "Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.
> §1º. Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.
> §2º. Se, iniciado um processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.
> §3º. Se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída à competência do juiz singular, observar-se-á o disposto no artigo 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu presidente caberá proferir sentença".

2.1 DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA PELO JUIZ SINGULAR

A desclassificação resulta da alteração da qualificação jurídica do fato, quando o juiz se convencer, em discrepância com a denúncia ou queixa, da existência de crime diverso dos referidos no artigo 74, §1º, do Código de Processo Penal[2].

A desclassificação operada pelo juiz singular durante a primeira etapa do procedimento bifásico do Júri implica o reconhecimento por parte do magistrado de que a conduta aparentemente delituosa não possui a natureza de crime doloso contra a vida. Em casos tais, deve o magistrado remeter os autos ao juízo criminal competente (que a depender da Lei de Organização Judiciária local, pode ou não ser o mesmo juízo que prolatou a decisão desclassificatória).

---

[2] É a definição trazida por Marrey, Silva Franco e Chaves Camargo, In *Júri – Teoria e Prática.*

2.2 DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA

Quando a desclassificação do delito decorre de veredito dos jurados durante a sessão plenária, algumas situações podem se caracterizar, as quais demandam uma análise mais apurada.

2.2.1 DESCLASSIFICAÇÃO IMPRÓPRIA

Como primeira hipótese, suponhamos que o Conselho de Sentença desclassifique um crime de homicídio doloso para a sua modalidade culposa, o que é definido na doutrina como uma decisão desclassificatória imprópria[3].

Desclassificado o homicídio para a sua modalidade culposa pelo Conselho de Sentença, de imediato deve-se apreciar a competência para o julgamento do feito.

Nessa situação, o juiz-presidente continua a deter a competência para prolatar sentença condenatória por homicídio culposo, por aplicação da regra contida no § 3º do art. 74 do Código de Processo Penal, supracitado, que possui expressa previsão nesse sentido.

Entretanto, não podemos deixar de registrar a existência de um segundo posicionamento doutrinário, no sentido de que o juiz deveria, de forma imediata, remeter os autos ao juízo com competência criminal comum nessa situação[4], com o qual não concordamos por ser um entendimento *contra legem*.

Superada a questão da competência, discute-se acerca da possibilidade de aplicação do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo na hipótese de desclassificação da conduta para homicídio culposo operada pelo Conselho de Sentença.

Esse ponto certamente será melhor explorado pelos doutrinadores, sobretudo devido ao fato de grande parte das obras especializadas haver sido publicada em período anterior ao da vigência da Lei nº

---

[3] Para a doutrina, a decisão é denominada imprópria no sentido de que afasta a figura penal reconhecida na pronúncia, mas acaba por condenar o réu por outro tipo penal.

[4] *É a posição defendida por Marcos Juarez C. de Oliveira, In "A incompetência do Juiz-Presidente para aplicar os novos institutos de justiça consensual após a desclassificação operada pelo Tribunal do Júri".*

9.099/95, e a matéria não haver sido abordada quando das respectivas atualizações.

Sabe-se que o homicídio culposo é previsto no § 3º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro e tem pena abstratamente cominada em detenção de um a três anos. Tendo em vista que o mínimo da pena abstratamente cominada ao homicídio culposo é de um ano, este crime se amolda à definição legal de infração de médio potencial ofensivo[5].

Posicionamo-nos no sentido da possibilidade da aplicação do instituto da suspensão condicional, por três razões.

A primeira delas é o entendimento de que a vedação contida no artigo 61, *in fine*, da Lei nº 9.099/95[6], não representa óbice para a aplicação de institutos despenalizadores, a exemplo do *sursis* processual. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1055/AM, relatado pelo Ministro Celso de Mello e publicado no DJ em 24/05/1996, decidiu ser admissível a utilização de institutos despenalizadores a infrações com procedimento especial definido em lei, a exemplo do procedimento dos crimes dolosos contra a vida:

> *"E M E N T A: INQUÉRITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BENÉFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS*

[5] "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

[6] "Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

PENAIS ORIGINÁRIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA.

- A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada à representação do ofendido, gera situação de inquestionável beneficio em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da persecutio criminis in judicio quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENÉFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um

novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo conseqüente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINÁRIOS (INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna conseqüentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com

> *conseqüente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado".*

A segunda razão diz respeito à própria natureza de direito público subjetivo do acusado[7] que a suspensão condicional do processo possui. Quando inobservada a devida oportunização da proposta de suspensão ao Ministério Público antes da prolação da sentença condenatória, vale dizer, se por acaso não for respeitado este direito público subjetivo do acusado, o decreto condenatório padecerá de vício de invalidade. É o que têm decidido o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

> "EMENTA: "Habeas corpus". Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, caput do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o caput do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, caput do Código Penal. Precedente: HC nº 75.894/SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido" (RHC n 81925/SP, relatado pela Ministra Ellen Gracie e publicado em 21/02/03)".

[7] Frederico Marques afirmou com maestria que "se a lei estabelece requisitos para a concessão da medida, desde que se encontrem esses atendidos, tem o réu direito à mesma: trata-se de direito público subjetivo, emanado do status libertatis do acusado".

> **"**Habeas Corpus. Processual penal. Tribunal do Júri. **Desclassificação**. Homicídio culposo. **Suspensão condicional do processo**.
> 1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n.º 9.099 / 1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da **suspensão** condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.
> 2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo" (HC 32596 / RJ, relatado pela Ministra Laurita Vaz e publicado em 07/06/04)**"**.

A terceira razão diz respeito ao entendimento doutrinário[8] de que o Ministério Público possui o dever jurídico de formular a proposta de suspensão condicional do processo, sempre que se encontrem presentes os seus requisitos, mesmo que isso ocorra durante o julgamento em plenário, em atenção ao princípio da oportunidade regrada. Acaso o Representante do Ministério Público entenda não ser caso de oferecimento de proposta, deverá externar os motivos de seu convencimento, em atenção ao contido no artigo 129, VIII, da Carta Magna.

Registramos a existência de posicionamento divergente, capitaneado por Saulo Brum Leal, o qual sustentou que no caso de desclassificação imprópria não é possível a aplicação de institutos despenalizadores. Segundo o autor, não seria possível o benefício da suspensão condicional do processo em razão de o Conselho de Sentença haver decidido condenar o réu por homicídio culposo. A concessão do benefício da suspensão condicional do processo, sem a condenação do réu, representaria uma violação ao princípio da soberania do veredito dos jurados, o qual possui sede constitucional.

[8] Trata-se da posição defendida por Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Gomes Filho, In *Juizados Especiais Criminais*.

Esse argumento ao nosso ver não procede. Em que pese a existência do princípio da soberania do veredito dos jurados, não se concebe que o mesmo possa relativizar um direito público subjetivo do acusado, qual seja, o de ver formulada a proposta de suspensão condicional do processo quando presentes os seus requisitos. Diante do conflito entre o princípio constitucional da soberania do veredito dos jurados e um direito público subjetivo do acusado, entendemos que o segundo deve prevalecer, por ser de melhor direito.

Demonstrada a necessidade de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, uma indagação se faz presente, dessa vez dirigida ao Representante do Ministério Público: a proposta deve ser formulada de imediato em sessão plenária?

O primeiro impulso do aplicador do direito é se posicionar de forma afirmativa, diante do caráter solene do Tribunal do Júri.

Todavia, a prudência recomenda que se aguarde o trânsito em julgado da decisão desclassificatória. Isso porque existe a possibilidade de irresignação, por parte do órgão ministerial, com a decisão desclassificatória. A proposta de suspensão condicional do processo poderia eventualmente ser considerada pela instância *ad quo* como prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, a causar a inadmissibilidade de eventual recurso. Assim, o Promotor de Justiça diligente se veria penalizado em sua estratégia de argumentação por ter respeitado um direito público subjetivo do réu.

2.2.2 DESCLASSIFICAÇÃO PRÓPRIA

Na desclassificação própria, o júri rejeita o tipo acolhido na sentença de pronúncia e atribui nova classificação jurídica ao fato, sem fazer qualquer outra afirmativa, seja para condenar ou para absolver o réu. O Conselho de Sentença simplesmente entende que o fato não está compreendido na sua competência, remetendo ao Juiz Presidente a apreciação da matéria.

Assim, suponhamos que o Conselho de Sentença desclassifique um crime de homicídio doloso para uma infração de menor potencial ofensivo, a exemplo do delito de lesões corporais leves ou culposas.

Mais uma vez cabe a discussão sobre a competência para o feito após a desclassificação.

A complexidade dessa questão se deve a uma contradição entre as normas que regem a competência sobre a espécie.

De um lado, o multicitado artigo 74, § 3º, do Código Penal Brasileiro, que determina que a competência para julgamento do feito após a desclassificação permanece com o Juiz-Presidente.

De outro, temos o artigo 98 da Constituição Federal, o qual fixa a competência material dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.

Para solucionar a controvérsia, lembramos a lição de Bobbio, segundo a qual o ordenamento jurídico é uno, devendo o hermeneuta utilizar métodos para resolver conflitos aparentes de normas.

Na espécie, em que há colisão de norma constitucional com uma outra norma legal, deve-se corrigir a aparente antinomia com a aplicação do critério hierárquico. Assim, deve prevalecer o dispositivo constitucional explicitado, o qual determina a competência dos Juizados Especiais Criminais.

Assim, proferida em sessão plenária a desclassificação do crime para infração de menor potencial ofensivo, deverá o magistrado aguardar o trânsito em julgado da decisão para só então determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, onde poderão ser manejados os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 aplicáveis à espécie, a exemplo da transação.

Na esteira deste entendimento, colacionamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, HC 30534, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, publicado em 15/12/03:

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CONSELHO DE SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL LEVE. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. Em face do art. 60 da Lei nº 9.099/95, de natureza material e com base constitucional, é competente para julgar delito decorrente da desclassificação pelo Conselho de Sentença — no caso lesão corporal leve — o Juizado Especial Criminal. Precedentes do STJ.*

2. Ordem concedida para, anulado acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente".

3.3 CONCLUSÃO

Procuramos demonstrar de forma objetiva alguns direitos do acusado por crime contra a vida após a desclassificação, em especial o de ver observados o princípio do juiz natural, bem como os direitos públicos subjetivos à suspensão condicional do processo e à transação penal.

Ainda que se argumente que esses réus não deveriam fazer jus a tais direitos, em função dos resultados naturalísticos graves que supostamente causaram no plano causal-naturalístico, tal discussão deve ser repelida do campo jurídico, porque evidentemente dirigida ao legislador.

Aos aplicadores do direito cabe, tão somente, respeitar o *status libertatis* do acusado. O respeito a tais direitos e à dignidade da pessoa humana é elementar e constitui um dos fundamentos de um Estado que se intitula Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Weber Martins; Fux, Luis. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei n 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 1988.

LEAL, Saulo Brum. *Júri popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1965.

MARREY, Adriano; Franco, Alberto Silva; Camargo, Antônio Luis Chaves. *Júri. Teoria e prática.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

OLIVEIRA, Marcos Juarez C. de. *A incompetência do juiz-presidente para aplicar os novos institutos de justiça consensual após a desclassificação operada pelo Tribunal do Júri. Jus Navigandi.* Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1078>. Acesso em 17 dez. 2005.

PEREIRA, José Ruy Borges Pereira. *O júri: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos de julgamento. Questionários.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri - contradições e soluções*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Eugênia Maria Nascimento Freire,
Procuradora do Estado de Sergipe lotada na Procuradoria Especial do Contencioso Fiscal. Especialista em Direito Tributário

RESUMO: A prescrição intercorrente, em direito tributário, opera-se no curso do processo de execução fiscal, em face do decurso do prazo prescricional da decisão que ordena o arquivamento dos autos, após o prazo máximo de 01 (um) ano de suspensão do processo, por força da inovação trazida com a Lei nº 11.051, de 29.12.2004, através de seu art. 6º que introduziu o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80. O tema é controvertido, havendo questionamentos sobre a validade da norma em questão, face ao disposto no art. 146, III, "b", da CF/88 que reserva à lei complementar estabelecer normas sobre o instituto da prescrição e em razão das disposições constantes dos artigos 193 e 194 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que a prescrição deve ser alegada pela parte a quem aproveita. A jurisprudência do STJ encontra-se dividida sobre a matéria. Após um acurado estudo do tema proposto, concluímos que o reconhecimento da prescrição intercorrente e sua decretação de imediato fere a CF/88, desnatura o instituto em face da ausência de inércia do credor, além de atentar contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário - Prescrição - Intercorrente - Inconstitucionalidade

ABSTRACT: The intercurrent lapse, in tax law, is operated in the course of the fiscal execution proceeding, in face of the continuation of the limitation of the decision that commands the filling of files of legal documents, after the maximum stated period of 01 (one) year of suspension of the process, for force of the innovation brought with the law nº 11,051, of 29.12.2004, through its art. 6º that has introduced the paragraph 4º to the art. 40 of the law nº 6.830/80. The subject is controverted, presenting questionings on the validity of the norm in

appreciation, according to that which is expressed in the art. 146, III, "b", of the Federal Constitution/88 that reserves to the complementary law to establish norms on the institute of lapse and in reason of the constant disposals of articles 193 and 194 of the Brazilian Civil Code, that states that the lapse must be alleged by the part interested into the advantage. The jurisprudence of the STJ finds itself divided on the matter. After a serious analysis of the subject, we conclude that the recognition of the intercurrent lapse and its immediately decrement hurts the CF/88, changes the nature of the institute in accordance to the absence of inertia of the creditor, besides attempting against the principle of the non-availability of the public interest by the administration.

KEY-WORDS: Tributary - Lapse - Intercorrente - Unconstitutionality.

"Faz escuro mas eu canto porque a manhã vai chegar." (Thiago de Mello)

I. INTRODUÇÃO

Lembrando os versos do poeta Thiago de Mello, que dá início a esse trabalho, observa-se que certos temas no direito tributário ainda se encontram no escuro, como o da prescrição intercorrente. Mas apesar da escuridão em torno do tema, aceitamos o desafio de cantar essa matéria. Sem a pretensão de esgotar todos os questionamentos, o estudo que aqui fazemos tem como escopo trazer algumas luzes sobre o assunto.

O instituto da prescrição intercorrente, no direito tributário, foi expressamente regulamentado pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004, através de seu art. 6º que introduziu o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, da seguinte forma:

"Lei nº 11.051, de 29.12.2004:
Art. 6º - O art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:
Art. 40. (...)
(...)

> *§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional,* ***o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato****." (destacamos)*

Analisando o disposto no § 4º do art. 40 acima transcrito, observa-se a seguinte alteração substancial:

> ***A Fazenda Pública, que antes poderia requerer o desarquivamento dos autos, a qualquer tempo, na hipótese de encontrar o devedor ou bens, nos termos do § 3º do mesmo art. 40, agora encontra-se penalizada pelo instituto da prescrição.***

Não nos deteremos aqui no instituto da prescrição propriamente dito, porque não é esse nosso objeto de estudo, embora façamos uma breve análise do mesmo, no próximo item.

Vale lembrar que nos deteremos em uma análise mais acurada da prescrição intercorrente e suas conseqüências, uma vez que a mesma configura uma profunda inovação em nosso sistema jurídico.

II. BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

II.1 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO CIVIL

Inicialmente, é importante esclarecer que o instituto da prescrição tem sua relevância no direito público e privado, como uma medida salutar para impedir a inércia do credor, a fim de que situações indefinidas não se eternizem, abalando o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as lições do insigne mestre Luciano Amaro, *in verbis*:

> *"É óbvio que essa relação não pode eternizar-se, o que leva a reconhecer-se o efeito extintivo da* ***inércia do credor durante certo espaço de tempo****." (destaque nosso)*

Vale lembrar, outrossim, que a prescrição é um instituto que tem o seu tratamento jurídico definido no Novo Código Civil, através dos artigos 193 e 194, com o seguinte teor:

> *"Art. 193- A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição,* ***pela parte a quem aproveita****." (destaque nosso)*
>
> "Art. 194- **O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição**, salvo se favorecer a absolutamente incapaz." (grifamos)

À luz dos dispositivos legais acima transcritos, fica evidenciado que, no âmbito do direito privado, a prescrição apenas pode ser alegada pela parte, configurando como única exceção a hipótese de favorecimento de incapaz, quando então o juiz pode decretá-la de ofício.

Não resta dúvidas, portanto, que no âmbito do direito privado, a prescrição, além de constituir uma penalidade para o credor inerte, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, sem a manifestação da parte a quem aproveita.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a definição, o conteúdo e o alcance do instituto da prescrição, tal como acima mencionado, deve aplicar-se ao direito tributário por força do disposto no art. 109 do Código Tributário Nacional. Ratificando esse entendimento, vale mencionar os ensinamentos do renomado Mestre do Direito Tributário, Aliomar Baleeiro, in verbis:

> *"**Nos pontos em que o CTN não regulou pormenores de institutos e conceitos do Direito Privado**, embora deste os recebesse, **aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Civil, e, às vezes, do Cód. Proc. Civil,** ad instar dos arts. 109 e 110 do próprio CTN, além de seu art. 108, I. Assim para a compensação, transação, remissão, **prescrição** etc." (destaque nosso)*

Nesse contexto, é importante esclarecer que o CTN não trouxe qualquer previsão expressa acerca do instituto da prescrição

intercorrente, motivo pelo qual é pertinente a observação do mestre acima transcrita.

II.2 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

A prescrição, no direito tributário, encontra-se disciplinada no art. 174 do CTN, o qual disciplina o seguinte:

> *"Art. 174- A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva."*

Discorrendo sobre o tema da prescrição, o mestre Paulo de Barros Carvalho leciona:

> *"Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição".*

É importante lembrar que os casos de interrupção da prescrição encontram-se definidos no parágrafo único do art.174 do CTN, sendo eles: a citação pessoal feita ao devedor; o protesto judicial; qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Analisando o dispositivo em questão, observa-se que nele não há qualquer previsão sobre o instituto da prescrição intercorrente. O próprio CTN não faz referência ao mesmo em nenhum de seus dispositivos.

Ressalte-se, outrossim, que a prescrição intercorrente ainda não foi objeto de um acurado estudo por parte dos doutrinadores, sendo

controvertida a jurisprudência sobre o tema. Sobre ela, assim leciona o Procurador do Estado do Mato Grosso, Dr. Bruno Resende Rabello[1]:

> *"O Código atual, à semelhança do anterior, elenca a citação como uma das causas interruptivas da prescrição, dispondo que essa voltaria a correr do ato interruptivo ou do último ato do processo que a interrompeu.* ***Não obstante a clareza da norma, doutrina e jurisprudência criaram a figura da prescrição intercorrente, com fundamento na inércia do suposto titular do direito em não praticar os atos processuais que lhe incumbiam, deixando o processo paralisado por lapso de tempo superior ao fixado para o exercício da pretensão.***
> ***Evidentemente, a paralisia do processo que daria causa à prescrição seria somente aquela imputável ao autor.*** *O STJ sempre refutou a idéia de prescrição intercorrente nos casos em que a paralisação do processo pudesse ser atribuída à deficiência dos serviços forenses ou ao próprio beneficiário da prescrição, como na hipótese de retenção indevida dos autos." (destacamos)*

Vê-se, portanto, que a **prescrição intercorrente** é uma construção ainda incipiente, que somente seria aplicável na hipótese de **paralisia do processo por culpa do Exeqüente**, assumindo a qualidade de **penalidade**.

III. SOBRE A DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

III.1 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LEI Nº 11.051 DE 29.12.2004

Após uma acurada análise da Lei nº 11.051, de 29.12.2004, observa-se que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade formal, senão vejamos.

---

[1] Bruno Resende Rabello, *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*, editora OAB/SC, 2005, p. 994.

A inovação relativa à prescrição intercorrente fora implementada através de lei ordinária, a qual introduziu o § 4º ao art. 40, da Lei 6830/80.

No entanto, a prescrição é matéria reservada à lei complementar, inteligência do disposto no art. 146, III, "b", da CF/88, o qual expressa o seguinte:

> *"Art. 146- **Cabe à lei complementar**:*
> *(...)*
> *I- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*
> *a) ...*
> *b) obrigação, lançamento, crédito, **prescrição** e decadência tributários;" (destaque nosso)*

Dessa forma, fica evidenciado que a prescrição é uma matéria reservada à lei complementar, não podendo ser disciplinada por lei ordinária, tal como foi efetivado através da Lei nº 11.051, de 29.12.2004.

Sobre esse tema da inconstitucionalidade, é de bom alvitre lembrar os ensinamentos do Dr. Alfredo Augusto Becker[2], *in verbis*:

> ***"Por isto,** quando fora de sua competência específica**, o órgão executivo pratica ato administrativo** ou o órgão legislativo cria regra jurídica (ato legislativo) **ou o órgão judiciário emite sentença (ato jurisdicional),** houve sempre inconstitucionalidade imediata ou mediata**.** Inconstitucionalidade imediata, quando aquele ato **executivo ou** legislativo **ou jurisdicional** desrespeitou diretamente regra jurídica criada por aquele único órgão legislativo de primeiro grau (assembléia constituinte)**. Inconstitucionalidade mediata (ilegalidade), quando a desobediência foi à regra jurídica criada por órgão de grau inferior à assembléia constituinte, porém superior ao grau do próprio órgão cujo ato foi argüido de***

[2] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, Editora Lejus, 3ª edição, 1998, São Paulo, p. 211.

> ***ilegalidade (inconstitucionalidade mediata)." (destacamos)***

No caso em tela, observa-se a existência de uma inconstitucionalidade imediata, na medida em que o órgão legislativo criou regra jurídica fora de sua competência específica, em uma afronta direta ao disposto no art. 146, III, "b", da CF/88.

Nesse sentido, vale transcrever, também, o entendimento do Dr. Kiyoshi Harada, quando estuda o tema da prescrição intercorrente, em artigo publicado na internet, com o seguinte teor:

> *"Uma leitura apressada e isolada do § 4º indevidamente enxertado, pode parecer uma virtude legislativa. Porém, no fundo* ***esse parágrafo encerra um miasma tenebroso da pior das endemias: o enruste legislativo, o embuste, a traição.***
> ***Na verdade, o esperto legislador, para driblar a jurisprudência que não admite a suspensão da prescrição, nem sua interrupção fora das hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 174 do CTN, acrescentou, sorrateiramente, ao art. 40 supra transcrito um parágrafo aparentemente favorável ao contribuinte. Acontece que esse artigo, bem como seus parágrafos preexistentes padecem do insanável vício da inconstitucionalidade.***
> *De fato,* ***tanto o caput, como seus parágrafos não foram recepcionados pela Carta Política de 1988, que submeteu a disciplina da prescrição à lei complementar, nos expressos termos do art. 146, II, b****, in verbis:" (destaques nossos)*

Ainda sobre o tema, os comentários do Dr. Bruno Resende Rabello[3], procurador do Estado do Mato Grosso, *in verbis*:

> ***"Além disso, a norma em questão padece de vício de inconstitucionalidade formal, por invadir área reservada à lei complementar.*** *Isso porque, a matéria relacionada à prescrição encaixa-se no conceito de normas gerais de Direito Tributário e*

[3] RABELLO, Bruno Resende. *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*, editora OAB/SC, 2005, p. 1012.

> *qualquer inovação em relação ao disposto no CTN só poderia ser validamente perpetrada por meio de lei complementar."*

Destarte, fica evidenciado que a decretação da prescrição intercorrente, com fundamento na lei ordinária acima mencionada, viola flagrantemente a CF/88.

III.2 INCOMPATIBILIDADE DO NOVO § 4º COM O § 3º DO ARTIGO 40 DA LEI 6.830/80

Analisando a inovação trazida com a Lei 11.051, de 29.12.2004, observa-se que a mesma não revogou a disposição constante do art. 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

> Diz o art. 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80:
> *"Art. 40- ...*
> *(...)*
> *§ 3º Encontrados que sejam,* ***a qualquer tempo****, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução."(destacamos)*

Interpretando o disposto nesse § 3º, art. 40 da Lei nº 6.830/80, assim menciona o renomado Mestre Humberto Theodoro Júnior[4]:

> *"Ainda em tema de prescrição, há uma inovação importante na Lei n. 6.830 que, praticamente, instituiu a imprescritibilidade da Dívida Ativa a partir do ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o feito venha a paralisar-se, no nascedouro, sem completar a relação processual, por falta de bens penhoráveis ou de localização do devedor.*
> *Dispõe a propósito o art. 40 que o 'juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá prazo de prescrição'.*

[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Lei de execução fiscal*, Editora Saraiva, 6ª edição, 1999, p. 53.

> *Após um ano de paralisação do processo, o juiz ordenará o arquivamento dos autos (§ 2º), mas dito arquivamento será provisório ou precário, posto que* ***a qualquer tempo a execução poderá ser reativada, bastando que se localize o devedor ou se encontrem bens a penhorar (§ 3º)****. (destaque nosso)*

Vê-se, portanto, que o novo § 4º, introduzido ao art. 40 da Lei nº 6.830/80 é incompatível com o § 3º acima mencionado. Poder-se-ia concluir que, nessa hipótese, teríamos uma revogação tácita do mesmo, ou, ainda, que teria validade a expressão "a qualquer tempo", dentro do lapso de cinco anos. Porém, ambas as interpretações não se ajustam aos princípios do direito público, não podendo o Credor/Exeqüente (União, Estado ou Município) renunciar às prerrogativas que lhe são outorgadas.

III.3 AUSÊNCIA DE CULPA DO EXEQÜENTE

Não se pode olvidar que a prescrição é um instituto jurídico que visa penalizar a inércia do credor durante certo lapso de tempo.

A norma em debate dispõe que transcorridos mais de cinco anos da decisão que ordenar o arquivamento, após o pedido de suspensão estabelecido no art. 40 da Lei nº 6.830/80, é possível o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente e sua decretação de imediato.

Ocorre, porém, que a suspensão do processo, por força do art. 40 da Lei nº 6.830/80, **OCORRE EM VIRTUDE DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU DE BENS SOBRE OS QUAIS PUDESSE RECAIR A PENHORA**. Normalmente essa suspensão é provocada através de pedido expresso da Fazenda Pública, da União, Estado ou Município, em face desses obstáculos ao prosseguimento da execução fiscal, **após o esgotamento de todas as possibilidades de encontrar o devedor e/ou bens sobre os quais pudesse recair a penhora**.

É relevante observar que o 2º do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 dispõe sobre o arquivamento dos autos quando da suspensão tiver decorrido o prazo máximo de um ano e, em seu § 3º, que, **encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução**.

Destarte, no caso *sub examine*, **fica evidenciada a inexistência de inércia do credor**, considerando ter o mesmo esgotado todas as possibilidades para encontrar o devedor e bens, sendo a suspensão pedida, com fulcro no art. 40 da Lei nº 6.830/80, apenas em virtude de sua não localização ou de bens, de forma que não se pode penalizá-lo com a decretação da prescrição intercorrente.

Nesse contexto, deve-se lembrar sobre a real possibilidade de ocultação do devedor e/ou de bens passíveis de penhora, após o arquivamento do processo com base no art. 40, § 2º, da Lei 6.830, por um período de tempo superior a cinco anos, com o objetivo claro de fazer incidir na hipótese a prescrição intercorrente, com fundamento no novo §4º da referida lei.

Em contrapartida, deve-se atentar para o fato de que a Fazenda Pública pode vir a encontrar o devedor e/ou bens penhoráveis, após o decurso desses cinco anos, de forma que a decretação da prescrição intercorrente contraria os princípios que norteiam a administração pública.

III.4 INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Outro aspecto a se considerar, ao estudar o tema da prescrição intercorrente, é que a mesma atenta contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

> Não se pode olvidar que o Credor, na hipótese em comento, não pode renunciar à prerrogativa constante do 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80, segundo a qual, *"encontrados que sejam, **a qualquer tempo**, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução"*.

Sobre o tema, é importante trazer os ensinamentos do mestre do Direito Administrativo, Dr. Hely Lopes Meirelles[5], quando leciona:

> "No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª edição, São Paulo, 1992, p. 82.

> procurar outro objetivo ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, **nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada. Descumpri-los ou renunciá-los equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração. Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros**." (destacamos)

Vê-se, portanto, que o Credor/Exeqüente, na hipótese em comento, não pode renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, uma vez que o mesmo representa os interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para satisfação das necessidades públicas.

III.5 APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 193 E 194 DO CCB, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 109 DO CTN

Fazendo uma análise comparativa da inovação trazida pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004 com o disposto no Código Civil sobre a matéria, observa-se que o legislador tratou com maior rigor a decretação da prescrição, no âmbito do direito privado, na medida em que essa possibilidade apenas se concretiza através de pedido expresso da parte

a quem aproveita, enquanto no âmbito do direito público criou essa fórmula segundo a qual pode ser decretada independente dessa manifestação, em uma verdadeira inversão de valores.

Deve-se ressaltar, mais uma vez, que o Código Tributário não menciona expressamente que a prescrição deve ser alegada pela parte a quem aproveita, nem tampouco faz referência à possibilidade de sua decretação de ofício, não tratando dessas especificidades acerca do instituto da prescrição, limitando-se a discipliná-la nos artigos 156, inciso V e 174, ambos do CTN, que tratam de extinção do crédito tributário e prazo para cobrança do mesmo, respectivamente.

Dessa forma, a prescrição no direito tributário segue as regras do CCB, no sentido de restrição de sua alegação pela parte a quem aproveita, inteligência do art. 109 do Código Tributário Nacional.

Observa-se, outrossim, que a jurisprudência encontra-se dividida com base nesse entendimento. A jurisprudência pátria, mesmo posteriormente à edição da Lei nº 11.051, de 29.12.2004, não é unânime em admitir a possibilidade de decretação de ofício da prescrição, como se observa da ementa abaixo transcrita, da lavra da **Segunda Turma do STJ**, cujo julgamento ocorrera em **21/10/2005**, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL - **EXECUÇÃO FISCAL** - CDA - REQUISITOS DE VALIDADE AUSÊNCIA - NULIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - **DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA** -PRECEDENTES – (...)*
> ***- O executivo fiscal trata de direito de natureza patrimonial e, portanto, disponível, de modo que a prescrição não pode ser declarada ex officio, a teor do disposto no art. 194 do CCB.** - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Resp 781105 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2005/0151610-5 **Relator(a)** Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) **Órgão Julgador** T2 - SEGUNDA TURMA **Data do Julgamento**20/10/2005 **Data da Publicação/Fonte DJ 14.11.2005** p. 302 (destacamos)*

Observa-se que o entendimento da Segunda Turma do STJ acima transcrito fundamenta-se no art. 194 do CCB, segundo o qual o juiz não pode suprir de ofício a alegação de prescrição.

Ratificando o entendimento jurisprudencial acima transcrito, é pertinente trazer as considerações do insigne mestre Washington de Barros Monteiro[6], quando analisando o instituto, leciona:

> *"Estabelece ainda o art. 166 que o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais,* ***se não foi invocada pelas partes****. O Código de Processo Civil, por sua vez, de modo mais genérico, no art. 128, edita que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*
> ***Realmente, pelo nosso direito a prescrição de direitos patrimoniais não opera ipso jure, mas somente quando invocada pelas partes ope exceptions. O reconhecimento dela depende sempre de pedido feito pela parte, a quem aproveita, e de pedido expresso, formal, não apenas inferido de determinado comportamento processual do prescribente. O preceito não admite dúvida, nem comporta exceções.****"(destacamos)*

E ainda, o Dr. Mauro Luís Rocha Lopes:

> "Embora a prescrição seja causa de extinção do crédito tributário (CTN art. 156, V), o Superior Tribunal de Justiça vem insistindo no entendimento de que a mesma não pode ser pronunciada de ofício pelo julgador, subordinando-se tal decisão à provocação do interessado.
> *(...)* ***o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por sua 1ª Seção, que a prescrição não pode***

[6] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, Editora Saraiva, 1º volume, parte geral, 1994, 32ª edição, p. 292/293.

> ***ser decretada de ofício, mesmo no âmbito do direito tributário***. *Colhem-se o voto condutor desse julgado, da lavra do eminente Ministro Ari Pargendler, os seguintes fundamentos:*
> *'A prescrição, no regime do direito civil, inibe a ação sem prejudicar o direito. Já no direito tributário, ela extingue tanto a ação quanto o direito (CTN, art. 156, V). Mas nem por isso o juiz pode, de ofício, declarar a extinção do crédito tributário em razão da prescrição**. Prevalece, no ponto, o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, que, a contrario sensu, proíbe a decretação da prescrição sem a iniciativa do interessado**. **Tudo porque o juiz está limitado pelas normas processuais que dirigem e orientam sua atuação**."(destaque nosso)*

Destaca-se, sobre o tema, as observações da Dra. Patrícia Brandão Paoliello, assessora jurídica da 5ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte (MG), especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, em artigo publicado na internet, onde traz o seguinte entendimento:

> *"A norma contida no art. 40, §4º da Lei Federal n.º 6.830/1980, inserida pela Lei n.º 11.051/2004, não tem validade jurídica no nosso ordenamento jurídico quanto aos créditos de natureza tributária.*
> *Por força do disposto no art. 219, §5º do Código de Processo Civil, em se tratando de direitos patrimoniais, o juiz não pode, de ofício, acolher a prescrição e decretá-la de imediato."*

Vê-se, portanto, à luz da decisão do STJ acima transcrita e entendimentos doutrinários sobre a matéria, que a prescrição intercorrente não pode ser decretada de ofício pelo juiz.

IV. ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS À DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A análise do tema da prescrição intercorrente leva-nos à conclusão da impossibilidade de sua decretação, na forma como foi estabelecida pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004.

Ocorre, porém, que a jurisprudência sobre a matéria não se encontra pacificada, havendo entendimentos divergentes do citado no item anterior, oriundo da **Primeira Turma do STJ**, datado de 06/12/2005, como se observa da ementa abaixo transcrita:

> *"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. CDA. NULIDADE.*
> *POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.* ***PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE, A PARTIR DA LEI 11.051/2004.***
> *1. (...)*
> *2.* ***A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que "o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil****" (RESP 655.174/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.05.2005).*
> *3.* ***Ocorre que o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional.*** *Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da* ***execução*** *decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos.*
> *4. Recurso especial a que se dá provimento. REsp 776772 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2005/0141020-0* ***Relator(a)*** *Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)* ***Órgão Julgador*** *T1 -*

> *PRIMEIRA TURMA* ***Data do Julgamento*** *06/12/2005* ***Data da Publicação/Fonte*** *DJ 19.12.2005 p. 271" (destacamos)*

Ressalte-se, outrossim, a existência de entendimentos doutrinários favoráveis à decretação da prescrição intercorrente, como se observa Marcelo Brito Rodrigues, em matéria publicada na internet, com o seguinte teor:

> *"Entretanto, com a introdução do artigo 6º da Lei nº 11.051/04, na qual se acrescentou ao artigo 40 da Lei nº 6830/80 o parágrafo 4º, a suspensão das execuções fiscais tem prazo determinado para acabar, conforme se pode constatar pela nova disposição abaixo transcrita: 'Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.'*

A apresentação dos posicionamentos favoráveis à prescrição intercorrente tem como objetivo incrementar o debate, embora o nosso entendimento seja no sentido de que a decretação da mesma fere a CF/88, desnatura o instituto em face da ausência de inércia do credor, nessa hipótese, além de atentar contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

V. CONCLUSÃO

O tema da prescrição intercorrente é palpitante, envolvendo diferentes posicionamentos, inclusive dentro do próprio STJ.

Trata-se de uma inovação legislativa recente, através da Lei nº 11.051/2004, que nos leva às seguintes conclusões:

1- Com fulcro na Lei nº 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, a prescrição intercorrente, em direito tributário, opera-se no curso do processo de execução fiscal, em face do decurso do prazo prescricional da decisão que ordena o arquivamento dos autos, após o decurso do prazo máximo de 01

(um) ano de suspensão do processo, podendo o juiz decretá-la de ofício;

2- Não é possível a decretação da prescrição intercorrente, com fundamento na Lei nº 11.051, de 29.12.20, uma vez que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade, por contrariar o disposto no art. 146, III, "b", da CF/88 que reserva à Lei complementar estabelecer normas sobre o instituto da prescrição;

3- Há incompatibilidade do novo § 4º da Lei nº 6830/80 com o seu § 3º, o qual prevê o desarquivamento dos autos e o conseqüente prosseguimento da execução, na hipótese de serem encontrados, **a qualquer tempo**, o devedor ou os bens;

4- A suspensão do processo, por força do art. 40 da Lei nº 6.830/80, ocorre em virtude da não localização do devedor ou de bens sobre os quais pudesse recair a penhora, após o esgotamento de todas as possibilidades nesse sentido, de forma que não se pode penalizar o credor/exeqüente com a decretação da prescrição intercorrente;

5- O Credor/Exeqüente não pode renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, uma vez que o mesmo representa os interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para satisfação das necessidades públicas;

6- De acordo com o disposto nos artigos 193 e 194 do CCB, a prescrição somente pode ser alegada pela parte a quem aproveita, disposição essa que se aplica ao direito tributário, por força do disposto no art. 109 do Código Tributário Nacional;

7- Por força do disposto no art. 219, §5º do Código de Processo Civil, em se tratando de direitos patrimoniais, entre eles o tributário, o juiz não pode, de ofício, acolher a prescrição e decretá-la de imediato;

8- A jurisprudência do STJ tem se divido posicionando-se ora pela impossibilidade da decretação da prescrição intercorrente, com base nos artigos 193 e 194 do CCB, ora admitindo essa decretação, com fundamento na nova lei;

9- O reconhecimento da prescrição intercorrente e sua decretação de imediato fere a CF/88, desnatura o instituto em face da ausência de inércia do credor, nessa hipótese, além de atentar contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

VI. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 5ª edição, Saraiva, São Paulo, 2000.
BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1993.
BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª edição, Lejus, 1998.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1991.
Código Civil Brasileiro.
Constituição Federal de 1988.
Código Tributário Nacional.
RABELLO, Bruno Resende. *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Editora OAB/SC, 2005.
DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
HARADA, Kiyoshi. Site www.jusnavegandi.com.br
JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei de execução fiscal*, Editora Saraiva, 6ª Edição, São Paulo, 1999.
LOPES, Mauro Luís Rocha. *Execução fiscal e ações tributárias*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*, Editora Manole, 2004.
PAOLIELLO, Patrícia Brandão. Site www.jusnavegandi.com.br

CONSÓRCIOS PÚBLICOS: ALGUMAS REFLEXÕES FACE À LEI 11.107/05

Pedro Durão, Procurador do Estado/SE, lotado atualmente na Via Especializada em Atos, Licitações e Parcerias, Mestre em Direito Público (UFPE), Professor de Direito Administrativo da Graduação e Especialização da Universidade Federal (UFS) e Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da ESMESE, ESMPSE, Escola Superior da OAB e de Cursos Jurídicos Preparatórios. Membro e Diretor Nacional do IBAP/SP e Conselheiro Estadual da OAB/SE. Líder de Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo e Eletrônico junto ao CNPQ. Diretor-científico do site viajuridica.com.br. Autor do livro *Convênios e Consórcios Administrativos* pela Editora Juruá de Curitiba-PR, 2004.

RESUMO: Estudo sobre a aplicabilidade da nova figura contratual denominada Contrato de Consórcio Público. Analisa-se o instrumento diante do federalismo cooperativo, personificação do instituto e suas peculiaridades formais, adotando uma análise distintiva e crítica em face da Lei nº11.107/2005.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo - Cooperativo - Protocolo de Intenções - Contratualização - Protocolo de Intenções - Nova Pessoa Jurídica - Peculiaridades.

ABSTRACT: Study on the applicability of the new contractual figure called Contract of Public Trust. The instrument of the cooperative federalism, formal personificacação of the institute is analyzed ahead and its peculiarities standing a distinctive and critical analysis in face of the Law nº11.107/2005.

KEY-WORDS: Cooperative federalism - Protocol of intensions - Contratualização - Protocol of intentions - New legal entity - Peculiarities.

SUMÁRIO: 1. Nota Preambular; 2. Federalismo de cooperação na prestação de serviços públicos; 3.Personificação do instituto; 4.Peculiaridades formais; 5. Análise distintiva e crítica; 6. Conteúdo Conclusivo; 6. Bibliografia.

1. NOTA PREAMBULAR

O tema proposto focaliza a nova figura jurídica da administração pública denominada de **Consórcio Público**, apresentada pela Lei nº 11.107 de 06 de abril de 2005, em contraste com os modelos pactuais da esfera pública e o direito comparado.

Esse modelo de parceira se apresenta aplicável aos entes da administração centralizada e descentralizada, permitindo a flexibilização da personalidade jurídica dos seus consorciados.

Percebe-se que o governo federal atual aposta no Consórcio Público, entusiasmado com a experiência estrangeira, na qual projetos de desenvolvimento tiveram êxito na Europa com participação integrada para superar segmentos públicos ineficientes.

Cumpre observar que essa atuação conjunta de entes de direito público ou privado estabelece um processo de integração com rateio para os consorciados, com o intuito de garantir a aplicação dos investimentos públicos, expectativa já deflagrada através do projeto de lei apresentado pelo atual governo federal, consolidado pelo art. 241 da Constituição Brasileira e pela nova Lei nº 11.107/2005.

É verdade que os recursos serão disponibilizados nessa política pública de incentivo à viabilização de contratos, com criação de associação pública e pessoa jurídica de direito privado, diante de necessidades prementes da sociedade, autorizando, por efeito, uma integração infra-estrutural.

Trata-se de molde pactual com o escopo de normalizar essa parceria em uma perfeita integração, portanto, viabilizando projetos de infra-estrutura de interesse comum.

Não se pode olvidar que a norma apresentada tem o condão de minimizar os parâmetros arcaicos da administração pública do Estado

fechado, permitir a interação, enfim, disciplinar mediante lei os consórcios públicos entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

Os objetivos dos Consórcios Públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais e da nova Lei nº 11.107/2005.

2. FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Sabe-se que o Estado brasileiro tem sua base fundamental no **sistema federativo**, e ao longo do tempo, o Município se destacou por suas ações locais, não pairando dúvidas de que o mesmo faz parte da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 18 da Constituição Federal.

Antes do advento da lei regulamentadora, admitia-se que a **característica** doutrinária marcante dos consórcios públicos seria a de acordos realizados por entidades estatais do mesmo nível[1], diferentemente dos convênios. Após essas considerações distintivas, é de bom alvitre destacar que todas as normas regedoras do convênio administrativo aplicavam-se ao consórcio administrativo, respeitadas as peculiaridades de cada um.

Verdade seja dita, com a implementação de **consórcios intermunicipais** antes da edição da mencionada lei, existia a possibilidade de melhor aproveitamento dos recursos humanos, tecnológicos, financeiros e orçamentários. A propósito, citemos como exemplo de bons resultados e similitude, os convênios realizados no âmbito da saúde, meio-ambiente, cultura e outros de necessidade local, podendo integrar dentro daquela região vários Municípios com objetivos comuns de interesse público.

Isso nos leva a questão sobremaneira relevante do crescimento dos diversos tipos de consórcios públicos existentes no direito italiano,

[1] Designa Alice Maria Gonzalez Borges o mesmo sentido inicialmente antes da Lei 11.107/2005. BORGEZ, Alice Maria Gonzalez. RPGE, Bahia, v. 2, p. 109-113, anual, 1977.

comenta Antonio Azara e Ernesto Eula[2], ou seja, o consórcio agrário, hidráulico, industrial, para irrigação, de estrada, para uso da água e, finalmente, o consórcio administrativo, sendo este, espécie do gênero consórcio, o qual tem como escopo geral uma cooperação. Não é sem razão que, ainda, conceitua o consórcio administrativo como *"associazione di persone giuridiche publiche o di proprietari fondiari privati, constituita per provvedere a fini ed interessi di pubblica amministrazione"*[3].

Em sua essência, a auto-aplicabilidade dos **consórcios administrativos** se concentravam nos Municípios, viabilizando prestações de serviços que um só Município não teria condições de proporcionar aos administrados. Assim, os acordos firmados entre Municípios, que se comprometem conjuntamente realizarem empreendimentos[4], como obras, serviços e atividades com a finalidade de sanar dificuldades.

Por outro lado, os recursos para efetivação dos consórcios intermunicipais eram oriundos tanto da União como dos próprios Municípios integrantes do projeto. No tocante aos resultados desses acordos de vontade, observam-se melhores condições de prestação de serviços públicos que seriam inviabilizados sem o planejamento direcionado para tal finalidade.

Nesse diapasão, registre-se que a lei em comento tem como fundamento principal disponibilizar um instrumento intergovernamental de cooperação entre os entes federativos que se associem com o fim específico de interação nos serviços públicos de natureza ou extensão territorial que demandam a presença de mais de uma pessoa federativa.

Diante disso, a noção de concórdia se expressa pela própria **terminologia** de consórcio que advém do latim "consortium ou de consors"[5] no sentido de aquele que participa ou compartilha. É utilizado de forma usual no alemão "Interessengemeinschaft", no espanhol

---

[2] AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Roma: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1978. v. 4. p. 250.

[3] Ibidem, p. 251.

[4] Tratando-se do assunto, Miguel Marienhoff aduz sobre inúmeras razões que podem determinar os consórcios administrativos, sempre revisto de caráter geral. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1990. t. 1. p. 508-509.

[5] CONSÓRCIO. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. p. 526.

"consorcio", no inglês e no francês "consortium", e ainda, no italiano "consorzio".

No Consórcio Público se estabelece um verdadeiro intercâmbio de vontades entre os consorciados de direito público, pelo que ensina Gaspar Caballero Sierra:

> El consorcio instrumento uma verdadera y auténtica cooperación entre dos o más personas de derecho público que por su lado gozam de una competencia o atribución principal em lo que concierne a las actividades que aquel entrará a gestionar por virtud del intercambio de voluntades dentro de una base estrictamente associativa com se ha dicho; competencias que le serán atribuídas al sujeto consorcial según el mayor o menor grado de actividade que se le confiera[6].

Sobre a participação nos atos consorciais, Dromi revela:

> El Estado no es el único dueño y soberano de lo público, pues em la 'administración de lo público', debem participar, también, [...] los consorcios públicos, [...] para que detenten la defesa del interés de algunos que, junto al de los démas, es el interés de todos[7].

Pode-se, entretanto, admitir que essa nova figura nos revela uma gama de opções, a depender da necessidade premente do interesse público, com permissividade de **participação** de entes de qualquer natureza, inclusive de pessoas de direito privado, sempre seguindo as regras pertinentes a cada modalidade.

3. PERSONIFICAÇÃO DO INSTITUTO

É comando normativo a formalização de **nova pessoa jurídica** para a realização dos ajustes previstos na norma, ou seja, será admitida

---

[6] SIERRA, Gaspar Caballero. *Los consorcios públicos y privados*. Bogotá: Temis, 1985. p. 94.

[7] DROMI. Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. p. 189.

a criação de duas figuras administrativas, uma, na forma de **associação pública**; outra, como pessoa jurídica de direito privado.

A própria lei dispõe que a associação pública integra a administração pública indireta e a inclui no rol das pessoas jurídicas de direito público interno constante no artigo 41 do Código Civil, não restando dúvidas de que faz parte do organismo estatal.

Já com relação à pessoa jurídica de direito privado é estabelecido que deverá obedecer ao regime de direito privado com derrogações, como o dever de licitar, obediência a concurso público e controle pelas Cortes de Contas.

Assim, a doutrina já se reparte, alguns, entendendo que a pessoa jurídica de direito privado integra também a administração pública, pois não se concebe que o próprio Estado crie uma pessoa jurídica e a exclua de sua organização político-administrativa. Outros, por sua vez, entendem que não integra, apesar de comungar em que, em alguns aspectos, funcionará com regras de direito público, como mencionado.

Nesse sentido, enveredamos por entender que a pessoa jurídica de direito privado faz parte da administração pública, equiparando-se a uma empresa estatal pela similitude de atuação da mesma na esfera da ação administrativa.

Dessa forma, os consórcios públicos podem atuar de forma setorial regional ou nacional, a pretensão dos mesmos, todavia, variará de acordo com o orçamento disponível, a necessidade dos cidadãos e os recursos adequados para consecução dos objetivos comuns traçados, evidentemente, que gravitem em torno da competência local, mas que sejam tangíveis ao interesse geral.

Nesse passo, tem-se que a formação de consórcios públicos dependerá de prévia associação no **protocolo de intenções** dos entes federativos interessados, correspondendo ao próprio conteúdo do ajuste, sendo necessário a inclusão de determinadas cláusulas. Essas cláusulas imprimem verdadeiros pressupostos de validade do negócio jurídico, como pré-requisito de manter a *posteriori* gestões associadas ou, até mesmo, contratuais previstas na norma disciplinadora, objetivando o interesse público.

4. PECULIARIDADES FORMAIS

É bom registrar que a associação prévia de qualquer ente não o obriga a formalizar qualquer tipo de ajuste previsto na lei.

É preciso insistir, também, no fato de que firmados esses consórcios públicos, a transparência dos atos administrativos é notável, uma vez que as decisões exigem um aprofundamento das necessidades, possibilitando um acompanhamento efetivo da sociedade nas implementações estatais.

Para o cumprimento de seus **objetivos**, o Consórcio Público poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; bem como, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Os consórcios públicos, ainda, poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados, pelo ente da Federação consorciado, neste caso, mediante autorização específica.

Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos através de autorização prevista no **Contrato de Consórcio Público**, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições que deverão ser atendidas, observada a legislação de normas gerais em vigor.

A nosso pensar, parece que o objeto colimado como inovador instrumento pactual encontra amparo nas necessidades da sociedade e na consecução e melhoria dos serviços públicos. Por outro lado, não podemos esquecer que esse Consórcio Público, apresentado para estabelecer vínculo com vistas a implantação de serviços associados e atividades de interesse público, oferece um regime de direito público ou privado, contradizendo aspectos doutrinários consolidados.

Observe-se que uma das formas de apresentação de Consórcio Público denomina-se **Contrato de Consórcio Público** estabelecido entre partes, por efeito, permitindo obrigações em um instrumento sinalagmático e comutativo, além de outras formas contratuais:

a. **contrato de rateio**, significando a entrega de recursos ao Consórcio Público, com previsão na Lei Orçamentária de cada consorciado, sob pena de exclusão;

b. **contrato de programa,** objetivando gestão associada que envolva prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade de serviços, ou na gestão que envolva prestação de serviços por órgãos ou entidades de um dos entes consorciados.

Convém, neste momento, a consideração de que, tradicionalmente, os consórcios administrativos e convênios administrativos não dependem de autorização legislativa para gozar de existência jurídica, mesmo porque inviabilizariam a formalização do ajuste e a sua própria finalidade, além disso, persiste a idéia de independência dos poderes preconizada na Carta Magna.

5. ANÁLISE DISTINTIVA E CRÍTICA

Não se pode perder de vista que tanto o convênio quanto o consórcio não se constituíam pessoas jurídicas, posto isso, não contraíam direitos e obrigações, portanto, vale registrar o posicionamento de Maria Sylvia Di Pietro no que diz respeito a gestão dos interesses públicos dessas pessoas jurídicas que integram os consórcios, antes do advento da Lei nº11.107/2005:

> A melhor solução é a de criar-se uma Comissão Executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio[8].

Impende observar que o tema aqui tratado se refere a uma das formas que a administração pública se utiliza para uma melhor prestação de serviços públicos, de forma integrada com a finalidade de atingir objetivos comuns de interesse público, enfatizemos, entre entes públicos ou pessoa jurídica de direito privado.

---

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999. p. 186.

Nesse passo, **caracterizam** os atuais consórcios públicos os acordos empreendidos por entes personalizados instituídos através de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, ao contrário dos convênios. Assim, considerados esses traços distintivos, é imperioso resgatar que todos os princípios e preceitos aplicáveis aos convênios se estendem também aos consórcios públicos aqui considerados.

Faz-se necessário realizar as distinções claras que devem ser traçadas quando se põe em xeque não só os consórcios públicos, como também, os consórcios comerciais.

Embora apresentem uma similaridade no nome, o ato que enseja os consórcios públicos não se confunde com o consórcio comercial. Enquanto o Consórcio Público submete-se à regra específica e há alguns preceitos similares aos dos convênios administrativos, o consórcio comercial contém base legal no art. 278 da Lei nº 6.404/76.

Nesse diapasão, consórcio não é etimologicamente uma união ou associação de idéias que encerram os consórcios públicos. Pontuemos que o consórcio comercial é apenas considerado como uma forma de agrupamento de empresas para a consecução de alguns empreendimentos.

A despeito da expressão de consórcio utilizada no meio licitatório, Celso Antônio Bandeira de Melo firma seu significado: "associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seja dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas"[9].

Adverte igualmente Diogenes Gasparini, ao indicar o conceito de consórcio de empresas, como "reunião de duas ou mais firmas que somam capital, técnica, trabalho e experiência para participar de certa licitação e, se vencedor, contratar com a administração pública a execução do objeto licitado"[10].

Posto isso, **consórcio mercantil** é a união de empresas com o fito de pôr em execução objetivos de interesse das partes que isoladamente

---

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. rev. atual. e amp. Malheiros: São Paulo: 1999. p. 423.

[10] GASPARINI, Diogenes. *Consórcio de empresas*. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, São Paulo. p. 582, dez. 1999.

não teriam condições de cumprir o contrato, por razões técnicas, de capital ou outra causa importante.

Daí tem-se que consórcio é estruturado em empresa, e não na união de entes públicos ou de um deste com outro de natureza privada (convênio de cooperação). Assim, cada uma tem sua responsabilidade contratual, respondendo pelas obrigações, não havendo solidariedade entre elas, entretanto, a Lei de Licitações dispõe no art. 30, V, que os integrantes dos consórcios responderão pelas ações praticadas na fase licitatória e na contratual.

Denota-se que os **consórcios comerciais** estão sujeitos aos preceitos licitatórios, enquanto o **convênio de cooperação e o Consórcio Público** não prescindem dessa via, em razão da finalidade pública, exceto o último sob a tutela legal da licitação dispensada (art. 2, §1 º, III e art. 17 da Lei nº11.107/2005).

Aí reside a percepção de que o conceito ora trazido de consórcio comercial assenta a sua base em empresa e não em união de entes públicos ou de um deste com outro de natureza privada (convênio de cooperação).

Trata-se tão-somente de um meio para a consecução da finalidade pública e instrumento de integração de forças com a união de entes públicos de espécies diversas e pessoas de direito privado, como forma conceitual dos atuais consórcios públicos.

Nessa concepção foram inseridas regras para concretude dessa interação. Com a dinâmica dos fatos sociais, as transformações constitucionais demonstraram a freqüente preocupação com a sua inclusão nas Normas Ápices. É, portanto, inegável a aplicação das formas de consórcios públicos no direito pátrio efetuado no perfil da atual Carta Magna.

Ao lado disso, de logo, constataremos que é cambiante suas expressões nas Cartas Políticas Federal e Estaduais, autorizando uma adversidade de nomenclaturas. Essas edições foram direcionadas aos estorvos regionais de cada ente. Hoje, entretanto, não há dúvida de sua persecução como gestão associada de serviços públicos, inclusive permitindo a criação de nova terminologia de parceria, com suas peculiaridades.

Se os convênios de cooperação e os consórcios públicos são uma realidade da administração pública, também deveria ser a certeza de

seu correto emprego. Assim, comprovaremos um desprovido tecnicismo neste âmbito, por efeito, no Consórcio Público.

No emaranhado das causas decompõem-se alguns fatores. Ao se adornar essas peculiaridades estudar-se-á o descumprimento dos moldes preconizados. Portanto, serão observados atos conveniais e consorciais assoberbados de vícios, protagonizando supostos "interesses públicos" em mácula aos princípios basilares e setoriais do direito.

6. CONTEÚDO CONCLUSIVO

Por fim, a base teórica utilizada no presente trabalho está arraigada às posições doutrinárias, legais e jurisprudenciais, no que se refere à gestão comparativa dos convênios administrativos, contrato de consórcios públicos, termo de parceria, contrato de gestão e contratos administrativos, e na confiabilidade dos seus resultados.

Nesse desiderato, é necessário firmar entendimento baseado na teoria geral do contrato e na função social do contrato, aliado ao princípio da boa-fé, dando ênfase à técnica-operativa das parcerias implementadas no Estado Social, onde já não se visualiza o individual, mas a complexidade do todo, com forte mitigação ao Estado liberal.

É importante ressaltar que os administradores públicos devem estar imbuídos de espírito coletivo e legal, dando ênfase aos atos jurídicos aplicáveis à espécie, permitindo a concepção de parceria, onde se vislumbra que o pacto se apresenta sob regime cogente de direito público, ou leva a uma certeza judicial da aplicação dos seus pressupostos com vistas à cooperação com a administração pública, do contrário, ensejará no desvio de finalidade pública.

Sob exame, deve-se dar a deferência necessária aos enunciados pertencentes à matéria, com o intento de impedir ou minimizar a sua proliferação desprovida e o distanciamento das formas admitidas e, nessa conexão, avaliar a inserção do sistema do atual Consórcio Público.

Esclarecer é o que se espera sobre as particularidades do Consórcio Público em consonância com instrumentos pactuais de direito público existente.

Nesse diapasão, devem ser avaliadas as repercussões advindas da adoção do hodierno contrato de Consórcio Público no contexto brasileiro, atentando para as peculiaridades regionais de cada ente federativo a teor da legislação nacional a ser implementada, assim como considerar os países com teor doutrinário e experiência relevantes.

Finalmente, essa reflexão não se propõe a propagar a implantação desses pactos, nem suprir todos os óbices, pelo contrário, almeja a sua aplicação nos limites do direito positivo e nos fins estabelecidos, indicando seus percalços, (in)aplicabilidade e peculiaridades.

7. BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amminitrativo.* Milão: Giuffré, v. I, 1974.
ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constituinales, 1993.
BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.
BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoria general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
BRITO, Carlos Ayres de. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo.* 3 ed. ver. e amp. Rio de janeiro: Forense, 1971.
CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
_____. *Parceria na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
DROMI. Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004.
FIGUEREIDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
MEDAUAR, Odete. *Licitações e contratos administrativos*: coletânea de estudos. São Paulo: NDJ, 1998.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.
RIVERO, Jean. *Direito adminstrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Licitações & contratos administrativos*. São Paulo: Adcoas, 1998.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: BREVES NOTAS DE ROMA À IDADE MÉDIA

André Luiz Vinhas da Cruz, Procurador do Estado de Sergipe, Advogado, Coordenador de Divulgação da Escola Superior da APESE, Sócio do IBAP (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública), Professor de Direito Empresarial da Faculdade São Luís (FSL/SE); Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ) e autor do livro *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil* (Editora BH).

RESUMO: O presente trabalho visa fixar noções basilares sobre a evolução histórica das tutelas de urgência, desde o advento da tutela interdital na Roma Antiga, até o surgimento das ordenações régias na França, no começo do século XIX, assim como no Reino Português, vindo a influenciar, de maneira direta, a construção da teoria das tutelas de urgência no processo civil pátrio moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria geral do processo - Tutelas de urgência - Evolução histórica.

ABSTRACT*:* This present research aims to fasten a basic knowledge of the historical evolution of urgency´s measures, from the birth of injuction‘s measures in old Rome, to the rising of royal‘s orders in France, in the beginning of 19st century, like in the Portuguese Kingdom, influencing, directly, the construction of urgency‘s measures theory in the modern brazilian‘s civil process.

KEY-WORDS*:* General process theory - Urgency´s measures - Historical evolution.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Roma Antiga; 2. Idade Medieval; 3. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É plenamente possível se traçar um paralelo entre procedimentos do direito atual, que se iniciam com atos decisórios, precedidos de cognição sumária e coercitivos, com os interditos do antigo processo civil romano.

2. ROMA ANTIGA

A tutela interdital, na Roma Antiga, consistia em ordem emitida pelo "*praetor"* romano, impondo certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítida feição mandamental; ou promovendo atos executórios, como ocorria na "*missio in possessionem"*.

Enquanto isso, o juiz privado ("*iudex*") do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário - já na fase de declínio do Império Romano - se limitavam a produzir sentenças meramente declaratórias, insertas na "*condemnatio*".[1]

Desse modo, regulamentando-se direitos absolutos, o processo civil romano se valia da tutela emanada do "*jus imperium*" do pretor; enquanto que os direitos de obrigações eram amparados pela "*actio*", num juízo privado que inadmitia execução específica, e na qual havia pleno e absoluto contraditório.

Se assemelhava, assim, a tutela interdital romana com a técnica da antecipação de tutela, posto que o pretor antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar, com uma cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito.

Bedaque aponta doze exemplos de tutelas dessa natureza, sendo dez só nas *Pandectas* de Ulpiano e Paulo, como, v.g., a tutela sumária da posse ("*actio exhibendum*"), direito a alimentos, direito de menor e do

[1] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 09-10. A "*missio in possessionem*" nada mais era do que o "seqüestro da coisa litigiosa", que era entregue a um terceiro eqüidistante com deveres-poderes de depositário enquanto pendia a causa, e na preparação para a expropriação através da "*honorum vendito*". Cf. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

nascituro à herança ("*bonorum possessio ex carboniano e nasciturus*"), dentre outros[2].

Como antecedentes da moderna tutela cautelar, Bedaque aponta a "*manus iniectio*" e a "*pignoris capio*"[3], respectivamente, relacionadas com confissão de dívida e apossamento de coisa do devedor.

A técnica do processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos emergenciais, originou-se, assim, a partir dos interditos do antigo direito romano, sendo que o Direito canônico ampliou esta utilização, para hipóteses que envolvessem a posse de direitos pessoais[4], com os interditos possessórios da "*juditia extraordinaria*"[5].

Os dois sistemas de processo civil, então reinantes na Roma Antiga, acabaram por se unificarem, com a extinção do processo formulário na época do Baixo Império, decorrendo daí a publicização total da "*actio*", expressão que passou a englobar, também, os interditos, eliminando-se, assim, a fase particular ("*in juditio*")[6].

---

[2] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31. Bedaque se apóia em extenso estudo feito pelo professor gaúcho Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em magistral artigo de sua lavra. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Perfil dogmático da tutela de urgência.* Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 5, maio/agosto de 1997, pp. 324-326.

[3] A "*legis actio per pignoris capionem"* se tratava de ação que só podia ser utilizada para cobrança de certos débitos, e.g., de soldos; de contribuição para compra de cavalo e sua manutenção; de preço do animal destinado ao sacrifício religioso; de aluguel de animal, desde que o preço fosse aplicado em sacrifício religioso e de impostos. Como dito, se admitia o apossamento de bens do devedor, para compeli-lo ao pagamento do débito. Cf. Carreira Alvim, José Eduardo. *Teoria geral do processo.* 8ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 116.

[4] MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdital da tutela antecipada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 210.

[5] A fase da "*cognitio extraordinaria"* começou no século III a.C. e findou com as publicações ordenadas pelo Imperador Justiniano (529 a 534 d.C.), que tornaram conhecida a definição de ação, de Celso, reproduzida por Ulpiano, segundo o qual "a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido" ("*actio autem nihil aliud est quem ius persequendi in iudicio quod sibi debetur").* Cf. Carreira Alvim, José Eduardo. *Teoria geral...,* p. 117.

[6] A história de Roma divide-se em três etapas (monarquia, república e império), correspondentes, cada uma, a três sistemas processuais diferentes, a saber: das ações da lei ("*legis actiones"),* formulário (*"per formulas")* e extraordinário (*"cognitio extraordinaria").* Veja-se, porém, que para outros autores, as duas primeiras fases se congeminam em uma só: a da "*ordo judiciorum privatorum",* em contraposição à outra fase posterior: a da "*cognitio extra ordinem".* Cf. LARA, Cipriano Gómez. *Teoria general de processo.* México: Textos Universitários, 1976, p. 51; Carreira Alvim, José Eduardo. *Teoria geral...,* pp. 115-116.

3. IDADE MEDIEVAL

A partir do Direito Canônico, desvirtuando-se a concepção clássica romana, passou-se a se usar o mecanismo sumário dos interditos em questões possessórias, já a partir do século XIII em inúmeras regiões européias, da Espanha à Alemanha, na qual eram nominados de "*inhibitiones*", enquanto ordens judiciais liminares para a tutela do interesse reclamado ("*mandatum*").

Tais mandados germânicos podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa, já albergando em si noções a respeito de "*periculum in mora*" e "*fumus boni iuris*", vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas cautelares, e do próprio mandado de segurança.

Observe-se que tal redescoberta da fórmula interdital romana no final da Idade Média e início do período renascentista deveu-se, em boa parte, ao aparecimento de novas relações jurídicas, impulsionadas por novas modalidades de conflitos de interesses, especialmente mercantis, e pela necessidade de suprimento de recentes peculiaridades do direito substancial, como o surgimento dos títulos executivos.

Os interditos romanos são indicados, pois, como antecedentes da tutela cautelar, já que assemelhados às liminares atuais, contendo ordem de tutela provisória. Diferem, no entanto, da tutela antecipatória, posto que, ao contrário desta, os interditos podiam implicar a satisfação definitiva da pretensão material.

Na Lei das XII Tábuas, se encontram modalidades de tutelas autônomas que se pareciam com a cautelar, a saber: o "*addictus*" e o "*nexus*".

Pelo primeiro, encontrado na Tábua III, o devedor era mantido em cárcere pelo credor por sessenta dias, como verdadeira garantia de crédito, até que pagasse o débito. Se não pagasse, a medida cautelar se convertia em executiva, podendo o devedor ser vendido além do Tibre ("*trans Tiberium*") e reduzido à escravidão, ou mesmo morto.

Pelo "*nexus*", o devedor se submetia espontaneamente ao credor e era liberado após pagar a dívida com seu serviço.

Tal período do processo civil romano ficou conhecido como das "*legis actiones*"[7], em que as partes em conflito dispunham das "ações da lei" (das XII Tábuas), na qual se tratava de um sistema nitidamente processual, em que as partes não invocavam "seus direitos", mas sim "suas ações"[8].

Dentre estas ações, na "*legis actio sacramenti*"[9], haviam algumas figuras com características cautelares, como a "*vas*", que garantia o comparecimento do réu, os "*praede sacramenti*", que asseguravam o cumprimento da aposta, através da figura do "*praes*", que garantia a dívida na ausência do devedor principal, e do "*vindex*" ou "*praedes litis et vindiciarum"*, na já mencionada "*legis actio per manus iniectionem*"[10], que seria condenado ao pagamento em dobro.

A tutela cautelar, jurisdicional ou convencional, foi mantida pelo pretor romano, seja no período "*per legis actiones*", seja no período

---

[7] Mister se faz observar que o processo civil romano se dividiu em dois períodos: a "*ordo judiciorum privatorum*" e a "*cognitio extra ordinem*". No primeiro, o processo se cindia em duas fases: "*in iure*" e "*in juditio*", e subdividido em dois procedimentos: o da "*legis actiones*" e o "*per formulam*". A fase "*in iure*" era a da escolha da ação da lei ou da fórmula, e a "*in juditio*", perante o "*iudex*" ou "*arbiter*", onde se sucediam a instrução e julgamento. Já na "*cognitio extra ordinem*", enquanto embrião da atual jurisdição, há a atuação de funcionário do governo incumbido da solução dos conflitos judiciais. Cf. FUX, Luiz. *Tutela de segurança*..., pp. 156-159; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar.* Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 4, janeiro/abril de 1997, p. 158-160.

[8] Célebre é o exemplo citado pelo jurista romano Gaio, e que se tornou o retrato do sistema, no qual um contendor acabou por perder o litígio, que envolvia o corte indevido de suas videiras por um vizinho, por ter pronunciado erradamente a palavra "árvore"(*"arbor")*, ao invés de "videiras"(*"vites").* Cf. Carreira Alvim, José Eduardo. *Teoria Geral...,* p. 116.

[9] O "*sacramentum"* era o depósito de uma quantia feito pelas partes em juízo; aquela que perdesse a causa, perdia também essa quantia, que era destinada ao Estado. Trata-se, assim, de uma ação ordinária utilizada toda vez que a lei não estabelecia uma ação especial. Cf. Carreira Alvim, José Eduardo. *Ob. Cit.,* p. 116.

[10] "*Manus iniectio"* significa literalmente "pôr a mão sobre o ombro". Cf. MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar*..., p. 192. Trata-se de ação executória utilizada contra o condenado, numa pretensão declaratória, a pagar certa importância, ou a confessar que o autor tinha razão. Cf. Carreira Alvim, José Eduardo. *Ob. Cit.,* p. 116; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1971, pp. 219-228.

formulário[11], mediante providências como o seqüestro, a "*operis novi nuntiatio*" (nunciação de obra nova), interdito proibitório, "*cautiones*"[12], "*missiones in possessionem*", a "*cautio damni infecti*" (caução de dano não-feito), dentre outras.

Essas medidas cautelares visavam garantir a atuação prática da tutela concedida pelo "*ius civile*" ou pelo pretor contra eventuais violações.

De mais a mais, nota-se, de forma límpida, que a origem da tutela cautelar liga-se a garantir o próprio direito material, enquanto previsão estabelecida por acordo de vontades, dirigidas a assegurar o adimplemento das obrigações.

No direito intermédio, a expressão "*cautio*" não mais representava uma fórmula genérica de cautela, mas sim medidas específicas, a exemplo da fiança, constituição em penhor, depósito-seqüestro, imissão do credor na posse de uma coisa do devedor ou de terceiro e a "*arrestverfüngung*"[13] (fonte do moderno seqüestro conservativo).[14]

---

[11] Em tal fase, o processo se constituía de recitação oral e palavras rituais, por fórmulas que o magistrado redigia e entregava aos litigantes, de acordo com a ação que se pretendia instaurar, correspondendo a cada direito violado uma ação e uma fórmula diferente. Cf. Carreira Alvim, José Eduardo. *Ob. Cit.,* p. 117.

[12] As "*cautiones"* eram garantias para assegurar o adimplemento, impostas pelo pretor, das "*stipulationes praetoriae"*, que eram tomadas pelo magistrado, com a anuência das partes, e passaram a ser veiculadas através dos éditos pretorianos. Entre as "*cautiones",* havia a "*missio in possessionem"*, medida de natureza preventiva, preparatória ou coercitiva, requerida pelo autor, e contra a qual o réu só poderia se opor se pagasse o valor correspondente da caução. A coisa ficava entregue a um litigante ou curador, sem posse jurídica, mas apenas poder de custódia.

Já as estipulações podiam ser pretorianas, judiciais ou comuns. As pretorianas tinham função cautelar e se fundavam no "*imperium"*, para tutelar determinado interesse e prevenir algum dano irreparável a uma das partes, como, e.g., a "*cautio damni infecti"* e a "*cautio iudicatum solvi"*. As judiciais fitavam assegurar o resultado da sentença ou decisão judicial, a exemplo da "*cautio de restituenda dote"*. As comuns englobavam os pressupostos das outras duas, a exemplo das "*stipulationes communes"*. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 118.

[13] O "*arrestverfügung"* era uma modalidade cautelar, consubstanciada no seqüestro de pessoas, com natureza conservativa e não judicial, enquanto forma arbitrária e violenta de tutela do crédito, e não do juízo, passando a se chamar "*arrest"* e "*arrêt"*. Na alta Idade Média, assumiu forma pactual, em que o devedor se obrigava a prestar serviços de vassalagem até o pagamento do débito, em caso de inadimplência. Cf. MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar...*, p. 194.

[14] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar...,* p. 34.

Com o advento do processo romano-canônico ("processo comum"), influenciado pelos glosadores, e pela presença marcante da Igreja Católica, viu-se que o mesmo era moroso, excessivamente formal e complicado.

Por influência da Decretal de Clemente V, de 1306, alcunhada "*Clementina Saepe*", surge o procedimento sumário, mais simplificado, seja com cognição plena ou sumária, designado por executivos. Nesses, pela regra decretal "*in procedendo*", atuava-se "*simpliciter et de plano ac sine strepita et figura judiciis*".

Com o surgimento do absolutismo monárquico, na França, as "*ordennance*" (ordenações régias) simplificavam o processo civil, abolindo as formalidades do processo romano-canônico, se caracterizando pela simplicidade, oralidade, publicidade e ampla dispositividade.

É famosa a "*Ordonnance*" de 1667 de Luís XIV, que foi praticamente transcrita no "*Code de Procedure Civile*" de 1807, influenciando os Códigos da Bélgica, Rússia, Holanda, e, indiretamente, o Código Italiano de 1865, a "*Zivilprocessordnung*" alemã de 1877 e o Regulamento Processual Austríaco de 1895.

Na península ibérica, por força das diversas invasões, até por árabes, o processo civil foi influenciado pelo Código de Alarico ("*Breviarum Aalaricianum*" ou "*Aniani*"), de 506, que era um extrato do sistema romano, e, depois pelo Código visigótico, também conhecido como "*Fuero Juzgo*" ou "*Forum Judicum*", de 693, diploma de fundo romano-gótico.

Quanto à legislação de Portugal, no campo processual, a "*Fuero Juzgo*" e algumas Cartas Forais vieram a ser substituídas pelas Ordenações Afonsinas, baixadas em 1446 pelo Rei Afonso V; após revogadas, em 1521, pelas Ordenações Manuelinas, pelo Rei D. Manuel. Posteriormente, e já influenciando o período colonial brasileiro, advieram as Ordenações Filipinas, do Rei Felipe II da Espanha e I de Portugal, que tratavam da parte processual em seu Livro III.[15]

4. CONCLUSÕES

O antigo processo civil romano se dividiu em dois períodos bem delimitados: a "*ordo judiciorum privatorum*" e a "*cognitio extra ordinem*".

---

[15] FUX, Luiz. *Tutela de segurança...,* pp. 162-163.

No primeiro, o processo se cindia em duas fases: "*in iure*" e "*in juditio*", e subdividido em dois procedimentos: o da "*legis actiones*" e o "*per formulam*". A fase "*in iure*" era a da escolha da ação da lei ou da fórmula, e a "*in juditio*", perante o "*iudex*" ou "*arbiter*", onde se sucediam a instrução e julgamento.

Já na "*cognitio extra ordinem*", enquanto embrião da atual jurisdição, há a atuação de funcionário do governo incumbido da solução dos conflitos judiciais.

Assim sendo, com as invasões bárbaras e o predomínio da defesa privada, para garantir a execução, se difundiu uma espécie de execução antecipada, incidente em princípio sobre a pessoa do devedor e secundariamente sobre seus bens.

Com o avanço da idéia de autoridade do magistrado, a situação se inverteu. Os sistemas germânico-barbáricos passaram a assumir feições semelhantes às existentes no direito romano clássico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1971.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo.* 8ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*: Tutelas Sumárias e de Urgência. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar*. Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 4, janeiro/abril de 1997.

LARA, Cipriano Gómez. *Teoria general de processo.* México: Textos Universitários, 1976.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdital da tutela antecipada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Perfil dogmático da tutela de urgência.* Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 5, maio/agosto de 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BREVE ANÁLISE SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO E SEU CABIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha, Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia–UFBA, advogada e atualmente aluna da Escola Superior de Magistratura do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo tecer breve análise sobre a possibilidade da Fazenda Pública figurar no pólo passivo da ação monitória.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento monitório - Fases - Embargos - Sujeição ativa e passiva - Fazenda pública - Prerrogativas processuais.

ABSTRACT: This present work has the finality to make a perfunctory analysis of the possibility that the Public Administration figures on the passive polo in the injunction procedure.

KEY-WORDS: Injunction procedure - Steps - Embargo - Active and passive polo - Public administration - Procedural prerogatives.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O procedimento monitório; 3. A conseqüência da não propositura dos embargos monitórios; 4. Fazenda pública pode ser sujeito ativo do procedimento monitório?; 5. Cabe procedimento monitório contra a Fazenda Pública?; 6. Conseqüências da possibilidade do procedimento monitório contra a Fazenda Pública; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O procedimento monitório foi introduzido no sistema processual brasileiro em 1995 pela Lei n° 9.079, hoje fazendo parte do Código de Processo Civil nos seus arts. 1.102.A *usque* 1.102.C.

Segundo o art. 1.102.A do CPC, "a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título

executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Assim, aquele que entender possuir prova escrita de crédito referente a soma em dinheiro, de entrega de coisa fungível ou de coisa certa móvel, desde que este documento já não constitua título executivo, poderá propor a ação monitória. Neste caso, o juiz examinará a prova escrita trazida com a inicial.

Não cabe ação monitória para aqueles casos referentes a obrigação de fazer, não-fazer e entrega de bens imóveis, por mera opção legislativa.

Trata-se de um procedimento de natureza cognitiva, destinando-se a proporcionar o mesmo resultado que alcançaria em um procedimento comum, qual seja: a obtenção de um título executivo. É uma opção que o legislador trouxe ao credor. Tal ação substitui a de conhecimento, se o credor assim desejar, nada impedindo o uso da via normal se assim o desejar. Porém, ao escolher o procedimento monitório a parte terá o caminho para a execução forçada abreviado. Para tanto a lei cria atrativos para o devedor no plano econômico, fazendo com que este somente se disponha a arcar com os encargos processuais dos embargos se, realmente, estiver convencido da inexistência do direito do credor. Tal fato pode ser percebido da leitura do art. 1.102.C, §1°, do CPC: "cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios".

Ressalva-se, no entanto, que não se admite no direito brasileiro que aquele que tem título executivo abra mão da via adequada para a utilização do procedimento monitório, pois faltaria interesse de agir. Tal situação pode ser inferida da leitura do art. 1.102.A, ao condicionar a legitimidade para a propositura de tal ação àquele que se apresente como credor, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo.

Se o documento já teve força de título executivo e não se reveste mais de tal eficácia, pode embasar a tutela monitória, desde que sirva para a formação do convencimento do juiz. É o caso do cheque prescrito (Súmula n° 299 do STJ).

Aqui, vale fazer uma ressalva: para a propositura da ação monitória a prova escrita, exigida legalmente, não precisa demonstrar certeza e liquidez do "título". Tal alegação não seria nem sequer compatível

com o procedimento aqui analisado, haja vista que o mesmo tem por objetivo obviar a formação do título executivo por meio da simplificação do processo de conhecimento e da concessão de executoriedade ao título executivo, ou seja, dar-lhe a **certeza,** a **liquidez** e a exigibilidade de que é destituído. Tal afirmação é respaldada por reiteradas decisões no STJ, vejamos:

> "AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. SÚMULA Nº 247 DA CORTE. PRECEDENTES. 1. Já decidiu a Corte que "não é possível afastar o cabimento da ação monitória, sob o argumento de que não existe liquidez e certeza da obrigação" e, ainda, que "os demonstrativos de débito, mesmo unilaterais, servem para o ajuizamento da ação monitória" (REsp nº 188.375/MG, da minha relatoria, DJ de 18/10/99). 2. Recurso especial conhecido e provido." (Resp 401928/MG, T3, julgado em 29/11/2002, DJ 24.02.2003, p.224)

> "AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA. INICIAL INSTRUÍDA COM O CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE COTAS SOCIAIS DE SOCIEDADES COMERCIAIS E PLANILHAS DE DÉBITO. - Para a propositura da ação monitória, não é preciso que o autor disponha de prova literal do quantum. A "prova escrita" é todo e qualquer documento que autorize o Juiz a entender que há direito à cobrança de determinada dívida. - Em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores cobrados, a lei assegura-lhe a via dos embargos, previstos no art. 1.102c do CPC, que instauram amplo contraditório a respeito, devendo, por isso, a questão ser dirimida pelo Juiz na sentença. O fato de ser necessário o acertamento de parcelas correspondente ao débito principal e, ainda, aos acessórios não inibe o emprego do processo monitório. Recurso

conhecido e provido." (REsp 437638 / RS, T4 - QUARTA TURMA, DJ 28.10.2002 p. 327).

2. O PROCEDIMENTO MONITÓRIO

Para a ação ser proposta, a petição inicial deve estar acompanhada de prova escrita. Convencido o juiz de que há suporte fático-jurídico para o processamento da ação monitória, deferirá a inicial, momento em que expedirá mandado monitório, de injunção. Trata-se de mandado que não é de citação para contestar a ação, nem para pagar a dívida sob pena de penhora, mas simplesmente "mandado de pagamento" ou de "entrega de coisa". A citação da ação monitória transmite, pois, uma injunção e nada mais.

O juiz parte de um convencimento liminar e provisório de que o credor, pela prova exibida, é o verdadeiro titular do direito em questão, assegurando-lhe a prestação reclamada ao réu. Daí o porquê da possibilidade da pronta ordem de pagamento, da mesma forma que ocorre no despacho inicial na ação de execução por título extrajudicial.

No prazo de 15 (quinze) dias o réu poderá se defender por intermédio de embargos. Pagando ou entregando os bens no prazo de 15 (quinze) dias, o réu estará isento de custas e honorários advocatícios. Apresentados os embargos, ficará suspenso o mandado inicialmente proferido. A partir de então o procedimento seguirá o rito ordinário do processo comum de conhecimento.

Vale destacar que, para propor tais embargos, não se impõe ao réu o ônus de ter bens penhorados (art.1.102.C, §2°). Se o réu embargar intempestivamente ou tiver seus embargos rejeitados, a decisão inicial de expedição de mandado se transformará de pleno direito em "título executivo judicial". A decisão autorizativa do mandado injuntivo é substituída pela sentença que encerra a fase de embargos. A partir de então, o processo segue como se fosse uma execução comum.

Assim, fica claro que o procedimento monitório é escalonado em fases. Na primeira delas, o juiz, sem contraditório e em cognição não-exauriente, verifica o conteúdo do pedido e a prova do autor, deferindo, se for o caso, a expedição do mandado de pagamento, "*inaudita altera pars*". Numa segunda fase, fica assegurado ao réu a iniciativa de abrir o pleno contraditório sobre a pretensão do autor, eliminando, assim,

todo e qualquer risco de prejuízo que possa ter-lhe provocado a sumariedade de cognição operada na primeira fase. Aqui, o contraditório é de iniciativa do réu, por meio dos embargos, sendo meramente eventual, já que, se os embargos não forem propostos, não se verificará contraditório algum, tendo o autor, de plano, acesso ao processo de execução, por simples decurso do prazo, por ter havido preclusão do réu em embargar a ação monitória. Faz-se necessário esclarecer, porém, que não se trata de revelia, nem de seus efeitos, mas mera faculdade de não exercer o contraditório. Há nítida inversão do ônus da iniciativa acerca da instauração do contraditório, transferindo-o para a parte que não o tem.

No que tange à forma de citação no procedimento monitório, muito se discutiu a respeito da possibilidade da citação ficta. A dúvida pairava sobre as conseqüências do não comparecimento do réu quando fictamente citado. No procedimento comum a citação ficta não faz gerar os efeitos da revelia, não sendo presumida a veracidade dos fatos narrados na inicial. Assim, chegou-se a conclusão que tais efeitos, por maiores razões, também não poderiam ser aplicados no procedimento monitório. Ou seja, se o réu for citado fictamente, e não apresentar embargos tempestivos ou, simplesmente, não os apresentar, não haverá, contra ele, a formação de título executivo. Neste caso, "será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos" (Súmula nº 196, STJ). Não se pode, porém, afastar a citação editalícia deste procedimento, como também já determinou o STJ na Súmula nº 282.

3. A CONSEQÜÊNCIA DA NÃO PROPOSITURA DOS EMBARGOS MONITÓRIOS

Fica claro que a não propositura dos embargos monitórios ou a sua propositura intempestiva podem gerar a conseqüência da formação do título executivo judicial sem a oitiva da outra parte. Aqui não se deve falar em coisa julgada, mas sim em preclusão, já que se trata de mera decisão e não sentença. Assim, todas as matérias anteriores à formação do título executivo já não mais poderão ser suscitadas pelo réu, seja mediante embargos ao mandado, seja em futuro embargos à execução.

4. FAZENDA PÚBLICA PODE SER SUJEITO ATIVO DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO?

Todo aquele que se apresentar como credor de obrigação de soma de dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel, tanto o credor originário, como o cessionário ou sub-rogado podem ser sujeitos ativos no procedimento monitório. Até mesmo o portador de título executiva que tenha perdido sua exigibilidade pode também o ser.

No que tange a possibilidade da Fazenda Pública ser autora de ação monitória, verifica-se a ausência de qualquer vedação. Ocorre que a Fazenda Pública detém o poder de ela própria constituir um título executivo em seu próprio favor. Tal fato não impediria o ajuizamento pela Fazenda Pública de ação monitória? A primeira vista poderia parecer que sim, porém, não se pode perder de vista o fato de que apenas as obrigações pecuniárias, créditos fiscais, estão sujeitas a inscrição na Dívida Ativa. Apenas aqueles créditos decorrentes de atividades essencialmente públicas é que se submetem ao regime de inscrição em dívida ativa. Nas relações regidas pelo direito privado, sem que haja atividade tipicamente pública os créditos da Fazenda Pública não se sujeitam à inscrição na dívida ativa.

Assim, nada impede que para os casos de obrigações de entrega de coisa móvel ou bem fungível e para os créditos não fiscais, a Fazenda Pública possa fazer uso do procedimento monitório. Porém, nos casos de créditos fiscais não cabe o procedimento monitório, por falta de interesse de agir, já que para tal caso há previsão da execução fiscal.

5. CABE PROCEDIMENTO MONITÓRIO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA?

A questão aqui está relacionada ao pólo passivo da demanda monitória. O sujeito passivo de tal ação será aquele que, na relação obrigacional de que é titular o promovente da ação, figure como obrigado ou devedor por soma em dinheiro, coisa fungível ou coisa certa móvel. Não cabe tal procedimento em face de falido ou insolvente, já que a estes falta capacidade processual, bem como pelo fato de não poder existir execução contra todos devedores fora do concurso universal.

A grande questão quanto à sujeição passiva a este procedimento encontra-se na indagação da possibilidade, ou não, do procedimento monitório em face da Fazenda Pública.

A doutrina pende para o lado da sua impossibilidade, enquanto a jurisprudência caminha em direção oposta, no sentido de ser possível, em que pese ainda existirem posições, ainda que bastante isoladas, em sentido contrário.

Vale ressaltar que na Itália admite-se a utilização do procedimento monitório contra a Fazenda Pública, a exemplo da pretensão da repetição de indébito tributário.

Para o Prof. Humberto Theodoro Júnior, tal possibilidade não pode ser admitida no direito pátrio, tendo em vista que a execução contra a Fazenda Pública, segue, no Brasil, contornos próprios, pressupondo precatório com base em sentença condenatória (Constituição Federal, art. 100) o que não existe no caso da ação monitória não embargada. Ademais, afirma que a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau obrigatório, que deve ser aplicada em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, III). Além disso, aduz que não se pode falar em efeitos da revelia contra a Fazenda Pública, não cabendo o efeito da confissão (CPC, art. 320, II). Conclui afirmando que o procedimento monitório contra a Fazenda Pública não teria qualquer utilidade, tendo o processo que prosseguir necessariamente, até a sentença de condenação. Afirma ainda que a citação no procedimento monitório é uma ordem de pagamento, não se tratando de mero chamado para se defender, sendo incompatível com o tipo de ação cabível contra o Poder Público, pois a exigência de pagamento contra o mesmo só poderia ocorrer via precatório.

Neste sentido também o professor Luiz Rodrigues Wambier, em seu Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3 – Processo Cautelar e Procedimentos Especiais, entende ser incabível a utilização da tutela monitória, no que tange a sua função essencial de rápida autorização da execução, contra a Fazenda Pública. Defende a indisponibilidade do interesse público, apontando os privilégios processuais como argumento para tal impossibilidade. Aponta a previsão de procedimento especial de execução (regime de precatórios, art. 100 da CF), bem como a impossibilidade dos efeitos da revelia contra a Fazenda Pública e também a não exigência do ônus da impugnação específica,

concluindo que diante de todos estes argumentos a finalidade do procedimento monitório estaria prejudicada.

Há jurisprudência minoritária do Superior Tribunal de Justiça defendendo a impossibilidade de utilização do procedimento monitório contra a Fazenda Pública, vejamos:

> RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "C" - PROCESSO CIVIL - FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL E PEÇAS AUTOMOBILÍSTICAS AO MUNICÍPIO DE CARMO DO PARAÍBA - EMISSÃO DE NOTA DE EMPENHO - AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DO DÉBITO - IMPOSSIBILIDADE. A par da inexistência de previsão específica no CPC no sentido da aplicabilidade do procedimento injuntivo aos entes de direito público, o Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.494/97, contempla procedimento específico para a execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC). Segundo a dicção desse dispositivo, deverá a Fazenda Pública, na execução por quantia certa, ser citada para oposição de embargos no prazo de 30 dias e, na sua ausência, requisitará o magistrado o pagamento do débito ao presidente do Tribunal competente, observada a ordem de apresentação do precatório (incisos I e II) condicionado à existência de prévia sentença condenatória. Na ação monitória, diversamente, com a citação do devedor, há pronta expedição de mandado para pagamento ou entrega de coisa (art. 1102b do CPC), medida que vai de encontro à disposição do artigo 100 da Constituição Federal, que impõe o pagamento de débitos da Fazenda Pública pela via do precatório. Não bastasse o óbice da imprescindibilidade do precatório, dispõe o artigo 1102c do CPC que, na hipótese de rejeição dos embargos ou de sua não-oposição, o mandado inicial se converte em mandado executivo. O título executivo judicial será

constituído de pleno direito e o devedor terá de cumprir a obrigação em 24 horas ou nomear bens à penhora. Essa disposição, à evidência, é incompatível com a impenhorabilidade dos bens públicos, razão pela qual não pode ser aplicada à Fazenda Pública. A par dessa circunstância, é consabido que as decisões judiciais desfavoráveis aos entes de direito público estão sujeitas ao duplo grau obrigatório, na forma do art. 475 do CPC, prerrogativa que não se concilia com a celeridade inerente ao sistema injuntivo. Até se poderia aceitar que, na hipótese de rejeição dos embargos, a sentença estaria sujeita ao reexame necessário, com base no artigo 475, inciso I, do CPC. Mesmo nesse caso, persistiria a incompatibilidade da ação monitória quando não opostos os embargos, pois não se admite o pronto pagamento de débitos públicos ou a nomeação de bens à penhora, tampouco a expedição de precatório sem prévia sentença condenatória sujeita ao reexame oficial. Mais a mais, não se pode olvidar que se trata de direito indisponível, sobre o qual não incide a regra da confissão ficta, razão pela qual, na ausência dos embargos, os efeitos da revelia não poderiam ensejar a constituição do título extrajudicial. Rechaçam a utilização da ação monitória, para a cobrança de dívida contra a Fazenda, Humberto Theodoro Júnior ("A Ação Monitória", R. TCEMG, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, jan/mar.1995); José Rogério Cruz e Tucci ("Ação Monitória". São Paulo: Editora RT, 2001, p. 66); Vicente Greco Filho ("Considerações sobre a Ação Monitória", Rev. De Processo, out/dez.1995, n. 80, p. 158); Antonio Carlos Marcato ("Ação monitória e execução contra a Fazenda Pública" in "Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo". São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 211) e Rogério Marinho Leite Chaves ("Ação monitória contra a Fazenda Pública". Artigo publicado na Revista do TRF da 1ª Região, vol. 9,

> n. 4, Brasília: out/dez de 1997). Também perfilha esse entendimento Juvêncio Vasconcelos Viana, que aponta como defensores da mesma tese Ernane Fidélis dos Santos, Antonio Carlos Cavalcanti Maia e Antonio Raphael Silva Salvador ("Execução contra a Fazenda Pública". São Paulo: Dialética, 1998, p.58). (REsp 345752 / MG, Ministro FRANCIULLI NETTO, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 06.09.2004 p. 195). (grifei).

Assim, infere-se que os argumentos para aqueles que defendem o não cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública são os seguintes:

I. a existência de procedimento próprio de cobrança de dívida para com a Fazenda Pública, previsto na CF, art. 100, ao trazer o regime de precatórios;
II. a impossibilidade de contra ela se insurgirem os efeitos da revelia por expressa previsão legal, já que o direito envolvido é indisponível, quando não forem apresentados os embargos monitórios ou sua apresentação for intempestiva;
III. a eliminação do reexame necessário.

Ocorre que tais argumentos não são absolutos, sendo fortemente combatidos pela jurisprudência pátria majoritária e mais atual.

Não se deve perder de vista que o procedimento monitório destaca três espécies de atividades, distribuídas em fases distintas.

A primeira fase é a da expedição de mandado para pagamento (ou para a entrega de coisa) no prazo de 15 dias (art. 1.102.C, §1°, do CPC), que se cumprido dentro deste prazo, ficará o demandado isento de qualquer ônus processual. Aqui, a atividade contenciosa não tem natureza contenciosa, constituindo, na prática, uma espécie de convocação para que o devedor cumpra a sua obrigação. Assim, nada impede que tal convocação seja feita à Fazenda Pública, que como qualquer devedor, tem o dever de cumprir suas obrigações espontaneamente, independentemente de execução forçada, nada

impedindo que atenda ao chamado judicial para cumprir as suas obrigações, independentemente do regime de precatórios. Se assim não fosse, não se poderia falar da utilização por ela de certas ações, a exemplo da consignação em pagamento.

A segunda fase do procedimento monitório é marcada pela natureza cognitiva, mas não é obrigatória e só ocorrerá se houver a propositura dos embargos (art. 1.102.C do CPC). Neste caso a atividade praticada é própria de qualquer processo de conhecimento, que culminará numa sentença, de acolhimento ou rejeição dos embargos, confirmando ou não a existência da relação creditícia.

Aqui, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com o procedimento monitório, haja vista a possibilidade de reexame necessário.

Num terceiro momento, verifica-se a fase executiva, que segue, agora, o procedimento padrão do CPC, arts. 730 e 731. Não há dispensa de precatório. A partir de então, o rito será aquele estabelecido pela CF, não havendo qualquer incompatibilidade ou supressão de direito da Fazenda Pública. O que se deve observar, sempre, é que o procedimento monitório é formado pelo momento da formação do título executivo e pela execução propriamente dita.

Na parte da formação do título deve-se seguir o rito especial do procedimento injuntivo, não desrespeitando a previsão constitucional, já que a mesma é atendida a partir do momento da execução propriamente dita. Se tal situação for compreendida, verificará que não existem óbices para a possibilidade de utilização contra o Poder Público.

Assim, entendo não serem procedentes os argumentos daqueles que defendem a impossibilidade de ajuizamento de ação monitória contra a Fazenda Pública, pelas seguintes razões:

I. Não há ofensa ao procedimento próprio para a cobrança de débitos perante a Fazenda Pública. O art. 100 da CF é amplamente respeitado, no sentido em que a ação monitória só seguirá contornos próprios até a formação do título executivo, a partir de quando a execução seguirá o rito previsto no art. 100 da CF c/c arts. 730 e 731 do CPC.

II. A Fazenda Pública pode ser revel, o que a ela não se estende são os efeitos da revelia, principalmente a confissão ficta. Ocorre que nada impede a constituição do título executivo, ainda mais se pensarmos que tal decisão será submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório, bem como a novas discussões em sede de procedimento específico (art. 100 da CF).

III. O reexame necessário, como visto, não será eliminado e, ainda que o fosse, não se trata de uma exigência constitucional, não constituindo prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda Pública, nada impedindo que a lei o dispense, a exemplo da exceção contida no §2º do art. 475 do CPC, hipótese legal de dispensa de reexame necessário.

Pensar de maneira diferente seria concluir que os óbices colocados para o não cabimento deste procedimento contra o Poder Público deveriam influir também para o não cabimento da execução de título executivo extrajudicial, porém o STJ já sumulou tal questão: "é cabível a execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública" (Súmula nº 279).

Assim, a admissão do procedimento monitório em face à Fazenda Pública não lhe gerará nenhum prejuízo, nem aos direitos indisponíveis por ela tutelados, em razão da existência de tripla oportunidade da Fazenda Pública contestar a formação do título: nos embargos monitórios(1), no reexame necessário(2) e durante o procedimento executório próprio(3).

No sentido da possibilidade da ação monitória em face à Fazenda Pública, temos ampla jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Entendimento nitidamente majoritário, vejamos:

> "AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. O procedimento monitório não colide com o rito executivo específico da execução contra Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial,

convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução stritu sensu), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia.
2. O propósito da ação monitória é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra Fazenda Pública deve seguir normalmente os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art.100, da Carta Constitucional vigente. 3. Os procedimentos executivo e monitório têm natureza diversa. O monitório é processo de conhecimento. A decisão 'liminar' que nele se emite e determina a expedição do mandado de pagamento não assegura ao autor a prática de atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título.
4. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 5. Recurso especial desprovido." (REsp 603859/RJ, Min. LUIZ FUX, Primeira Turma. DJ 28.06.2004 p. 205).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. FAZENDA PÚBLICA. ARTS. 730 E 1.102 DO CPC. 1. A propositura da ação monitória contra a Fazenda Pública é perfeitamente conciliável com o procedimento executivo fixado nos artigos 730 e 731 do Código de Ritos. Encerrada a fase de conhecimento, com ou sem embargos, e constituído o título judicial, inicia-se a fase executiva na forma prevista no art. 730 do CPC, finalizando com a inscrição do crédito em precatório, nos moldes delineados pelo art. 100

da Constituição da República. 2. O art. 1.102-c do Código de Ritos excluiu do campo de incidência da ação monitória apenas a execução das obrigações de fazer e não fazer (Livro II, Título II, Capítulo III do CPC) e os créditos alimentícios (Capítulo V), não havendo qualquer ressalva quanto à aplicação do procedimento monitório contra a Fazenda Pública. 3. Recurso especial improvido." (REsp 630780 / GO, Ministro CASTRO MEIRA, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 03.10.2005 p. 182).

"AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. O procedimento monitório não colide com o rito executivo específico da execução contra Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução stritu sensu), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia. 2. O propósito da ação monitória é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra Fazenda Pública deve seguir normalmente os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art.100, da Carta Constitucional vigente. 3. Os procedimentos executivo e monitório têm natureza diversa. O monitório é processo de conhecimento. A decisão 'liminar' que nele se emite e determina a expedição do mandado de pagamento não assegura ao autor a prática de atos

de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título.
4. Deveras, a Fazenda cumpre as suas obrigações, independente de precatório quando o faz voluntariamente, consigna, etc, sem prejuízo de que os óbices à monitória são equiparáveis à execução admissível pela Súmula 279 do STJ. 5. Considere-se, por fim, que a rejeição da monitória contra a Fazenda Pública implica em postergar o direito do credor de crédito fazendário em face da entidade pública, impondo-se a via crúcis do processo de conhecimento, gerando odiosa situação anti-isonômica em relação aos demais titulares de créditos semelhantes. 6. Recurso especial desprovido." (REsp 434571 / SP, Ministra ELIANA CALMON, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 20.03.2006 p. 181).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO HARMÔNICO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83. INCIDÊNCIA. I. A mais recente e autorizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o procedimento monitório contra a Fazenda Pública: REsp 783060/PA, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 14.11.2005 p. 230; REsp 687173/PB, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 12.09.2005 p. 230; AgRg no REsp 249559/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 03.11.2004 p. 134; REsp 630780/GO, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005 p. 182; REsp 196580/MG, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 18.12.2000 p. 200. II. Aplicação da Súmula n. 83 do STJ. III. Agravo desprovido." (AgRg no Ag 711704 / MG, Ministro ALDIR

PASSARINHO JUNIOR, T4 - QUARTA TURMA, DJ 19.12.2005 p. 438).

Diante de todos estes argumentos, existe mais um que reforça a possibilidade da utilização do procedimento monitório em face à Fazenda Pública, qual seja, inadimitir tal possibilidade é obstar a obtenção mais rápida de título executivo pelo credor, o que não seria isonômico uma vez que a própria Fazenda Pública também tem tal direito e não há qualquer impedimento para tanto.

Outra questão que merece ser aqui destacada refere-se ao fato da necessidade, ou não, da participação do Ministério Público em tal procedimento. O só fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público, não significa, por si só, a presença do interesse público de modo a ensejar a obrigatoriedade da atuação do Órgão Ministerial.

Quando se fala em interesse público na ação monitória, referimo-nos a interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculados a fins sociais e às exigências do bem comum, os quais a vontade própria e atual da lei tem em vista.

Na verdade, a intervenção do Ministério Público tende a ser incompatível com o procedimento aqui analisado, uma vez que sua participação acabaria por impedir a rápida formação do título executivo, esvaziando o sentido de propositura da ação.

6. CONSEQÜÊNCIAS DA POSSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Para aqueles que entendem ser cabível procedimento monitório contra a Fazenda Pública, os embargos monitórios teriam natureza de ação autônoma, ajuizada de forma incidental ao procedimento monitório. O prazo para opô-los deveria ser de 15 (quinze) dias. Porém, se assim fosse considerado, a teoria da impossibilidade ganharia força,

haja vista possibilidade de lesões ao interesse público, quando a lei lhe garante prerrogativa de prazo privilegiado.

Assim, deve-se computar o prazo em quádruplo para a Fazenda Pública opor tais embargos, evitando alegação de ocorrência de lesão ao interesse público.

De forma contrária, estar-se-ia permitindo ao credor a utilização do procedimento monitório como forma de fugir à prerrogativa legal deferida à Fazenda Pública de prazo especial para contestar prevista no procedimento comum.

Tal posição é reforçada pela Súmula nº 292 do STJ, que prevê a admissibilidade de reconvenção na ação monitória, após a sua conversão em procedimento ordinário. Ora, para que isto seja possível os embargos monitórios devem ter natureza ou força de contestação. Assim, o prazo para a Fazenda Pública opor embargos monitórios deve ser mesmo de 60 (sessenta) dias.

7. CONCLUSÃO

Assim, em que pese se tratar de matéria ainda bastante controvertida no ordenamento jurídico pátrio, a melhor posição, no meu entender, é aquela que dispõe sobre a possibilidade de procedimento monitório contra a Fazenda Pública, não havendo qualquer incompatibilidade em sua utilização, já que se trata de procedimento de cognição plena, não sendo afastado o processo de execução próprio de créditos perante a Fazenda Pública, ou seja, o regime dos precatórios e os arts. 730 e 731 do CPC.

8. BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual Civil*, Vol. III, 5ª Edição, editora Lúmen Juris.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*, 1ª edição, 2004, editora Atlas.

THEODORO JÚNIOR. Humberto, *Curso de direito processual civil*, volume III, 32ª edição, editora Forense;

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil - Processo Cautelar e procedimentos especiais*. Vol. 3, 6ª edição, editora Revista dos Tribunais.

A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N°45

Jean-Claude Bertrand de Góis, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, advogado.

RESUMO: O trabalho ora apresentado objetiva avaliar aspectos pontuais do real patamar normativo dos tratados. Evidentemente tal assunto não poderia deixar de envolver diretamente a Emenda Constitucional nº45 e suas principais repercussões no que tange ao tema aludido. Contudo, é bom que se frise que o presente excerto trata apenas de alguns pontos concernentes à matéria, passando pela óptica positiva, doutrinária e jurisprudencial, sem a mínima pretensão de abranger todo o assunto-tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direto internacional - Direito constitucional - Hierarquia dos tratados - Emenda constitucional n°45 - Teoria monista - Teoria dualista.

ABSTRACT: The work intends to evaluate prompt aspects of the real normative platform of the treaties. Evidently such subject could not leave of directly evolver the 45th Constitutional Emendation and its main repercussions in that it refers to the alluded subject. However, it is good emphasizes that the present excerpt deals with only some points to the substance, passing by the positive, doctrinal and jurisprudential optics, without the minimal pretension to enclose the all subject.

KEY-WORDS: International law - Constitutional law - Hierarchic of treaty - 45th Constitutional emendation - Monist theory - Dualist theory.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Recepção das Normas Internacionais no Brasil; 3. Aspectos da Emenda Constitucional nº 45; 4. Panorama Teórico; 5. Conclusão; 6. Bibliografia Consultada.

1. INTRODUÇÃO

Os tratados no ordenamento jurídico de um país sempre suscitaram grande curiosidade, principalmente no que concerne à natureza jurídica

e patamar hierárquico que ocupam. Tal tema foi e ainda é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, não se tendo chegado ainda a um pensamento uniforme a esse respeito.

Ressalte-se desde já que, entende-se por tratado o acordo formal que visa produzir efeitos jurídicos entre duas ou mais pessoas internacionais, *lato sensu*, compreendendo todo acordo que ultrapasse o âmbito do Direito Interno e que tenha caráter normativo.

Doutrinariamente falando, o conflito entre normas do ordenamento interno e tratados conduz ao estudo das teorias monista e dualista. Ambas tentam responder se há um ordenamento jurídico único ou não, e nesse último caso, subcorrentes dualistas se conflitam sobre qual dos ordenamentos deve preponderar, o interno ou o internacional.

Assunto de grande relevo no cenário jurídico não só brasileiro, mas mundial, o ingresso de normas internacionais no ordenamento jurídico de um país assume, hodiernamente, cada vez maior importância. Tal relevância advém principalmente em decorrência do processo de globalização, aumentando a relação entre os Estados e conseqüentemente a necessidade de regulamentação normativa entre os mesmos.

A atualidade do tema é flagrante diante do aparecimento de áreas de livre comércio, uniões aduaneiras e mercados comuns, ou seja, frente à intensificação das relações internacionais. Quanto ao que pertine diretamente ao Brasil, exemplifica esse fenômeno, o surgimento do Mercosul em 26 de março de 1991 com a assinatura do Tratado de Assunção pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Como conseqüência do processo de globalização, o Direito Internacional Público assume relevância crescente na sociedade hodierna, principalmente após a progressiva e recente implementação de objetivos supranacionais, como se observa na União Européia e no Mercosul. Surge então uma maior inter-relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, que a princípio podem resultar dúvidas, desarmonias e até atritos.

É quando aparece, pelo menos aparentemente, o conflito entre o *direito das gentes* e o direito da gente.

2. A RECEPÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil é muito clara ao delinear o processo de incorporação de tratados, acordos ou atos

internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Esse *iter* é composto das seguintes etapas: assinatura internacional, aprovação pelo Congresso Nacional, ratificação internacional e promulgação pelo decreto do Presidente da República.

Além disso, também devem estar presentes as condições de validade dos tratados, de que fala com muita propriedade Hidelbrando Accioly e Celso de Albuquerque Melo. São elas: capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, consentimento mútuo, objeto lícito e possível.

Inicialmente, ressalte-se sobre a titularidade do poder de celebrar tratados. No Brasil essa atribuição recai sobre o Presidente da República, Chefe do Poder Executivo. Tal disposição encontra-se na própria Constituição Federal:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> ...
> VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

A partir da assinatura do tratado pelo Chefe do Executivo, o tratado é enviado para o Congresso Nacional, onde deverá ser ou não aprovado.

O próximo passo a ser verificado consiste na sua aprovação pelo Congresso Nacional. Tal referendo se materializará em um decreto legislativo de competência exclusiva do Congresso Nacional, conforme se pode ver na CF:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Posteriormente à aprovação pelo Congresso Nacional através de um decreto legislativo, passa-se para a ratificação do tratado, já no âmbito internacional, perante o depositário do tratado. Tal ato concretiza a obrigação do Estado signatário em obedecer internacionalmente o que foi acordado, ressaltando-se o caráter contratual dos tratados, visto sua natureza volitiva.

Ainda assim não se pode dizer que se encontra em vigor no âmbito interno, pois falta a promulgação pelo Presidente da República do decreto presidencial. Tal ato será publicado no *Diário Oficial da União* e

só então se poderá dizer que a norma jurídica internacional passa a vigorar internamente no Brasil.

Em resumo, o referendo do Congresso Nacional através do decreto legislativo vai para a fase de ratificação de competência privativa do Presidente da República. Esse ato do Presidente da República historicamente é acompanhado pelo referendo do ministro das Relações Exteriores. Somente depois disso ocorrerá a promulgação mediante publicação oficial do decreto presidencial, gerando todos os efeitos no âmbito jurídico interno.

Com isso fica claro que o chefe do Poder Executivo possui a voz externa da República Federativa do Brasil, sendo a este conferido o poder para celebrar, ratificar e promulgar tratados internacionais. Não esquecendo que a nossa Carta Magna reserva ao Poder Legislativo a incumbência de referendar e aprovar tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Necessário, portanto, uma ação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo para a conclusão de tratados internacionais. Ou seja, o presidente ou seu representante plenipotenciário negocia e autentica enquanto o Congresso Nacional referenda.

3. ASPECTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45

Com a recente Emenda Constitucional nº45, alterações surgiram a respeito do patamar hierárquico dos tratados ao adentrar no nosso ordenamento jurídico. Modificou-se destarte o artigo 5º da Carta Federal, inserindo agora o § 3º da Constituição Federal, *in verbis:*

> § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com relação às alterações trazidas pela supracitada emenda, ainda não há um posicionamento totalmente consolidado, quer na doutrina

quer na jurisprudência. Mas é bom que fique claro que a referida mudança só afeta os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos.

Contudo nem todos os tratados e convenções de direitos humanos passarão a equivalerem a emendas constitucionais, mas apenas e tão somente aqueles que conseguirem os requisitos constitucionais estabelecidos, quais sejam: a aprovação em dois turnos, por três quintos dos votos e em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Mas o tema não ficou tão claro assim após a referida mudança, surgindo dúvidas a respeito de muitos pontos. Insurge refletir, por exemplo, se os tratados e convenções, referentes a direitos humanos, que foram ratificados antes da Emenda Constitucional 45 gozariam das prerrogativas contidas no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, da referida equivalência às emendas constitucionais. Sobre o tema, versa Sylvio Motta:

> "Cremos que tais tratados e convenções preexistentes, ainda que não tenham seguido o rito diferenciado para sua conversão em decreto legislativo, restam recepcionados e gozam desde a promulgação da Emenda nº45/04 do status de emendas constitucionais. Isso porque não se admitirá inconstitucionalidade formal superveniente, o que, por si só, justificaria sua recepção desta forma, desde que o seu conteúdo material seja referente a direitos humanos"[1].

No mesmo diapasão do aludido autor, ressoa a *ratio legis* do parágrafo 4º, art 60 da CF, não se podendo retirar alcance e força normativa de um tratado de direitos humanos por exigências supervenientes, principalmente por se referir a direitos e garantias individuais.

Dessa discussão surge a inquietação de alguns operadores do direito a respeito da constitucionalidade da EC n°45, uma vez já ser admitido pelo próprio STF a possibilidade de inconstitucionalidade de uma

[1] MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional.Teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.131 - 132.

Emenda Constitucional como demonstrou o Ministro Sydney Sanches em julgamento da Adin n.° 1946/DF *in verbis:*

> O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária. (STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – Medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches. Informativo STF, nº 241)

Cumpre ressaltar que não se trata aqui de se admitir normas constitucionais inconstitucionais, em que pese não se admitir na cultura jurídica brasileira a tese do alemão Otto Bachoff, em sua obra *Normas Constitucionais Inconstitucionais* (*Verfassungswidrige Verfassungsnormem*), mas consiste sim em respeitar as regras impostas pela CF para eventuais emendas, principalmente as cláusulas pétreas. Às emendas se impõe um limite material consolidado pelo próprio poder constituinte originário no parágrafo 4º do art.60 da Lei Maior. E dentre as denominadas cláusulas pétreas acima referidas encontramos os direitos e garantias individuais. Dessa forma, a estipulação de requisitos para dar patamar constitucional aos tratados de direitos humanos ressoa como inconstitucional, uma vez que tal patamar já o era concedido por força dos §§ 1°e 2° do art.5° da Constituição Federal. Tal fato fere, portanto, frontalmente o princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Ressalte-se que, como se infere de uma interpretação gramatical, a Emenda Constitucional nº45 ao inserir o parágrafo 3º art.5º da CF somente admite a possibilidade de tratado com patamar constitucional quando: referir-se a direitos humanos, atingir o quorum de três quintos em ambas as casas e por dois turnos. No mais, manter-se-ia os demais tratados e convenções em patamar de lei ordinária, mesmo os que versassem sobre direitos humanos e não preencheram os requisitos aludidos.

É o caso de um tratado sobre diretos humanos que não atingiu o quorum especial, sendo aprovado por maioria simples e que teria patamar

não constitucional. Tal possibilidade é veementemente criticada por diversos doutrinadores, dentre eles Flavia Piovesan, para os quais mesmo antes da referida emenda todos os tratados de direitos humanos já tinham patamar constitucional, por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Estabelece-se então a inclusão de outros direitos e garantias que, embora não constantes da Constituição, sejam trazidos para o ordenamento jurídico brasileiro através de tratados internacionais, nos quais a República Federativa do Brasil seja parte. Dessa forma deslumbra-se claramente a qualidade não taxativa dos direitos fundamentais elencados na Constituição. Baseado no caráter material que foi conferido aos direitos fundamentais, parte da doutrina advoga pela inserção no patamar constitucional de tratados de direitos humanos, independentemente dos requisitos do parágrafo 3º, art.5º da CF.

Como endossa Flavia Piovesan, após a Emenda Constitucional nº45 haveria então: 1- tratados de diretos humanos materialmente constitucionais; 2- tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais (por força da EC nº 45); 3- tratados que não versem sobre direitos e garantias individuais. Os dois primeiros se encontram hierarquicamente no patamar constitucional, enquanto o terceiro grupo se encontra no patamar de lei ordinária.

Uma das conseqüências da EC nº 45 consiste então na subdivisão em dois grupos de tratados de direitos humanos, um materialmente constitucional, outro material e formalmente constitucional. A diferença apontada pela jurista supracitada residiria nos regimes jurídicos de denúncia, uma vez que apenas poderiam ser denunciados os tratados tão-somente materialmente constitucionais. Já os material e formalmente constitucionais não poderiam ser denunciados por estarem protegidos pelo manto das cláusulas pétreas.

Ademais, outra conseqüência da EC 45 reside em se admitir de forma inequívoca a teoria de bloco de constitucionalidade como aceita, o que até então era negado pela doutrina dominante. Tal teoria admite a existência de mais de um diploma normativo formando um todo constitucional, o que se torna evidente após a possibilidade expressa (parágrafo 3º do art. 5º da CF) que permite uma norma fora da Carta Federal de 1988, ou seja, um tratado de direitos humanos possuir patamar constitucional. Essa integração de normas internacionais ao direito interno passa então a possibilitar tanto o alargamento do bloco

de constitucionalidade, como também a derrogação de normas já nele contidas.

4. PANORAMA TEÓRICO

No âmbito do Direito Internacional encontram-se grandes jusfilósofos assumindo posicionamentos antagônicos, o que deu origem à existência de duas grandes correntes doutrinárias, quais sejam: a monista e a dualista. Ambas divergem em vários pontos, mas o cerne da discussão gira em torno de que é a norma interna ou a internacional que deve ser aplicada em caso de conflito entre ambas. Ou seja, discute-se se deve ou não a norma internacional preponderar sobre a norma interna infraconstitucional.

Para a corrente dualista alicerçada, inicialmente no pensamento de Alfred von Verdross acompanhado posteriormente por Carl Heinrich Triepel, o ordenamento jurídico nacional e o internacional consistem em dois sistemas distintos, independentes e que não se imiscuem. Apesar de ser assim tachados ambos os sistemas possuem validade, não se podendo questionar qual deles possui a supremacia hierárquica, uma vez que normatizam matérias diferentes e em âmbitos diversos.

Os tratados internacionais constituem para os dualistas tão somente compromissos exteriores assumidos pelo Estado, de forma a não interferir no ordenamento jurídico interno. Para essa corrente, obrigações exteriores assumidas pelos Estados não têm o poder de realizar, de pronto, implicações no ordenamento jurídico interno. Tais conseqüências só seriam concretizadas com o surgimento de uma norma de Direito Interno que materializasse os compromissos assumidos no plano internacional.

Conseqüentemente, os dualistas entendem que as normas internacionais não possuem força cogente no ordenamento jurídico interno de um país, a menos que elas sejam recepcionadas através de um ato normativo interno de tal Estado, transmutando normas de Direito Internacional em de Direito Interno. Dessa forma e segundo esta concepção torna-se impossível o conflito normativo, Direito Internacional *versus* Direito Interno, uma vez que as normas do primeiro só produziriam efeito no último quando vestissem a indumentária do ordenamento jurídico interno.

Um dos argumentos utilizados pela corrente dualista para defender a insubordinação do direito interno frente ao Direito Internacional

Público consiste no fato de que as normas internas de um país provêm de um poder ilimitado decorrente da soberania do Estado, subordinando os que nele habitam. Enquanto isso no âmbito internacional, para essa corrente, não há este grau de subordinação existente no Direito Interno de um Estado soberano.

Já para a corrente monista não é necessário que a norma internacional se transmute através de uma norma interna para realizar efeitos no âmbito do ordenamento jurídico de um país. Conseqüentemente, assinado um tratado internacional o Estado, automaticamente, assume o compromisso jurídico de zelar pelo pactuado gerando efeitos imediatos na esfera jurídica interna.

Entretanto dentro da corrente monista ocorrem divergências que conduzem a duas vertentes distintas, porém e ao mesmo tempo afins, são elas: a monista internacionalista e a monista nacionalista. A primeira defende a primazia do direito internacional sobre o nacional, gerando assim uma ordem jurídica única. Entre os seus maiores defensores dessa vertente encontramos Hans Kelsen para o qual as normas de direito interno não podem ser válidas caso conflitem com normas internacionais, aludindo ao fato de existir única e exclusivamente uma pirâmide jurídica dentro da qual se encontram todas as normas, sendo que a de hierarquia inferior só apresenta validade se respaldada por uma imediatamente acima da mesma. Vale ressaltar a definição kelseniana de Direito Internacional como sendo um complexo de normas que regulam a conduta recíproca entre os Estados[2].

Enquanto isso os defensores do monismo nacionalista advogam pelo direito interno do Estado soberano, alegando que constitui uma faculdade o acolhimento de qualquer mandamento internacional, dessa forma torna-se discricionário a adesão a qualquer forma de ato normativo internacional. De acordo com esse pensamento torna-se perfeitamente possível a inserção de norma de direito internacional no ordenamento jurídico de um país, desde que essa não goze de privilégio hierárquico frente às normas internas do Estado.

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal historicamente defende a prevalência de determinadas normas internas

[2] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado Editor, 4ª ed., p. 427.

frente a normas internacionais, embasando-se no princípio da especialidade. Segundo este, normas especiais possuem primazia diante de tratado internacional ainda que esse ulterior lhes fosse.

A matéria já não era pacífica na doutrina brasileira, apesar do posicionamento do STF nas últimas décadas considerando as normas internacionais que ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como sendo normas infraconstitucionais ordinárias. Pensamento flagrantemente influenciado pela corrente dualista, para a qual o ordenamento jurídico interno e o internacional constituem duas pirâmides independentes e autônomas.

5. CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos supracitados, fica claro notar quão relevante é a determinação do *status* hierárquico conferido às normas internacionais no ordenamento jurídico de um Estado. Evidencia-se, destarte, cada vez mais a crescente relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional na nova conjuntura mundial globalizada. Torna-se, mais do que nunca, fundamental e imprescindível a harmonização entre eles, sob pena de se levar ao caos todo o sistema jurídico.

É importante lembrar que o descumprimento de uma norma internacional não pode ser vislumbrado apenas e tão somente pelo prisma do Direito Interno de um Estado. Urge hodiernamente que o *jus cogens* no Direito Internacional seja consolidado, sob pena de faltar às obrigações internacionalmente assumidas o *Haftung* da teoria obrigacional tudesca. Ou seja, permanecer-se-ia apenas na esfera do *Schuld*, reconhecendo-se o débito sem se sujeitar a ele.

Dessa forma, a observância do *pacta sunt servanda* nunca foi tão essencial às adesões de tratados internacionais. Não é juridicamente salutar aderir internacionalmente a um tratado e posteriormente lhe negar eficácia interna, alegando conflito com o Direito Constitucional; melhor seria não se tornar signatário do mesmo.

De acordo com a nova ordem positiva modificada pela EC 45, evidenciou-se que os tratados de direitos humanos devem receber patamar constitucional (quer materialmente apenas, por força dos §§ 1°e 2° do art.5° da Constituição Federal; quer material e formalmente, consoante o § 3º do art.5° da Carta Maior), prevalecendo, portanto, frente à legislação infraconstitucional. Já quanto às normas internacionais

que não regulam direitos humanos, as mesmas mantém seu patamar infraconstitucional, podendo contudo prevalecer sobre as normas internas também infraconstitucionais em observância aos critérios de tempo e especialidade, mas não de hierarquia.

Enfim, urge que se conceda clareza ao real *status* das normas internacionais no sistema jurídico brasileiro, a fim de proporcionar tanto garantia de direitos fundamentais ao ser humano como também credibilidade ao Estado brasileiro frente à comunidade internacional. Com isso, contribuir-se-á para uma harmonização entre o direito da gente e o direito das gentes, pois só assim ambos sairão fortalecidos.

6. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

_____. *A Constituição aberta*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 6.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. *Constitucionalismo contemporâneo e globalização*. Cidadania e Justiça**:** Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, n. 11, p. 75-80, 2 sem. 2001.

DIEDRICH, Luis Fernando. *A recepção dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico*. DireitoNet, São Paulo, 03 out. 2000. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/14/77/147/>. Acesso em: 05 jul. 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor (SAFE), 1991, Rio Grande do Sul.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LOSANO, Mario G. (Org.). *Direito internacional e estado soberano*. 1. ed. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16.ª ed. Rio: Forense, 1997.
MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
MORE, Rodrigo Fernandes. *A ordem legal internacional e a regra de primazia do direito internacional. A posição do Supremo Tribunal Federal*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2957>. Acesso em: 04 jul. 2004.
MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional.Teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *A inconstitucionalidade de tratados, acordos e atos internacionais* . Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, maio. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1610>. Acesso em: 04 jul. 2004.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3.ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
RODRIGUES, Maurício Andreioulo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2000.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
SUSSEKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM SISTEMA JURÍDICO POUCO CONHECIDO

Janara Pereira César Santos, Advogada, Especialista em Direitos Humanos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FESMIP-BA e Faculdade 2 de Julho - F2J

RESUMO: O propósito do presente trabalho é estudar os direitos humanos no marco de um dos sistemas regionais: o sistema interamericano de proteção. Este objetiva a tutela, promoção e defesa dos direitos da pessoa humana, bem como a responsabilização internacional do Estado que não cumpra com seu dever de garantia e de respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano – Mecanismos - Acesso.

ABSTRACT: The intention of the present work is to study the human rights in the landmark of one of the regional systems: the inter-American system of protection. This objective the guardianship, promotion and defense of the rights of the person human being, as well as the international esponsabilização of the State that does not fulfill with its duty of guarantee and respect.

KEY-WORDS: Inter-American System - Mechanisms - Access.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Sistema Global e os Sistemas Regionais dos Direitos Humanos: Breves Considerações; 3. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; 3.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: O Órgão Central do Sistema Interamericano; 3.1.1. Composição; 3.1.2. Competência; 3.1.3. Petições Individuais e Comunicações dos Estados; 3.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4. Conclusão; 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é a apresentação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: sua estrutura, âmbito de atuação e papel desempenhado na América Latina. Não pretendemos aqui proceder a uma demonstração exaustiva de todos os aspectos relacionados à temática, mas traremos breves reflexões que nos parecem fundamentais para a compreensão da importância das ferramentas que os mecanismos internacionais nos oferecem para a proteção dos Direitos Humanos, permitindo uma ampliação de estratégias para se enfrentar situações reais e urgentes de violações aos referidos direitos.

Trata-se de uma temática de grande importância, pois os mecanismos internacionais de proteção representam uma garantia adicional, quando os mecanismos de direito interno já não bastam. Resultam, ao se conjugarem com o Direito Interno, em uma ampliação e fortalecimento do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

A inserção do Brasil no cenário normativo internacional de proteção dos direitos humanos só se deu em 1985, quando deflagrado seu processo de democratização. A partir de então, o país passou a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Mas, somente em 1998, o governo brasileiro aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana, tornando-se possível o seu julgamento e uma eventual responsabilização internacional pela ação ou omissão de um órgão ou funcionário público que, no exercício do poder investido, lesione indevidamente os referidos direitos.

Constata-se que hoje, ao contrário do esperado, no Brasil, assim como na maioria dos países do continente americano, o regime democrático ainda não foi capaz de implementar as garantias de um Estado de Direito para todos os cidadãos. Desse modo a impunidade de graves violações aos direitos humanos segue sendo um problema de solução pendente. Por tal razão é imprescindível que os defensores de direitos humanos, nos meios jurídicos, acadêmicos e nos setores sociais tenham uma visão global dos direitos da pessoa humana. A problemática social agravada pela concentração da renda, crescentes disparidades sociais e conseqüentes violações perpetradas nas relações interindividuais, enfatiza o papel dos órgãos públicos, em particular

do Poder Judiciário, e da sociedade civil organizada na proteção de direitos humanos. À vista disso, as matérias analisadas pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos têm se tornado cada vez mais ricas e complexas, podendo-se concluir da atualidade e relevância do tema ora proposto.

2. O SISTEMA GLOBAL E OS SISTEMAS REGIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

O respeito aos Direitos Humanos, a garantia do seu livre e pleno exercício e a superação da impunidade não mais representam matérias de interesse exclusivo das instituições nacionais, mais que isso, são de legítimo interesse da comunidade internacional, que deverá ser acionada quando evidenciada a insuficiência ou falibilidade das respostas internas.

Os direitos humanos passaram a constituir uma categoria jurídica própria do Direito Internacional Público, a partir do delineamento de sua concepção moderna, deflagrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH). Enquanto expressão de valores universalmente compartilhados, os direitos humanos foram rodeados de garantias e mecanismos processuais de proteção internacional. Estes formaram um sistema de garantia coletiva dos Estados, distinto do previsto no ordenamento jurídico interno, mas complementar a este. Esta normativa internacional de proteção dos direitos humanos abarca tanto os âmbitos global e regional.

O sistema global de garantia, formado no âmbito das Nações Unidas, é integrado por normas de alcance geral, que têm como destinatários qualquer indivíduo, genérica e abstratamente considerado. São os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, DESC. Constitui-se também por normas de alcance especial, que visam proteger certas categorias de pessoas, tais como: mulheres, crianças, trabalhadores, refugiados, entre outras. Paralelamente ao sistema global há ainda os sistemas regionais de proteção, que são integrados pelos sistemas europeu, americano, africano.

> Cada qual dos sistemas regionais apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção

> Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, que estabelece a Corte Européia de Direitos Humanos. Por fim o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos. (GOMES; PIOVESAN, 2000, p.22-23)

A associação de países, no âmbito regional, busca aprimorar e fortalecer a tutela dos direitos do homem, com atenção especial as particularidades do continente. A incidência de seu regramento se limita a uma determinada parte do globo, o que decorre em uma maior efetividade na proteção, pois estes sistemas regionais estão mais próximos às realidades e necessidades da região. Os sistemas regionais de proteção também se configuram por normas de alcance geral e especial.

Em razão da diversidade de instrumentos internacionais de proteção é importante assinalar alguns aspectos. Primeiro é que o sistema global e os sistemas regionais não se mostram incompatíveis, mas são unidos pela identidade de propósito: proteção e promoção dos direitos humanos. Essas duas sistemáticas observam os valores e princípios enunciados na DUDH, que representa sua base de atuação. Os sistemas regionais funcionam como normas complementares dos objetivos pretendidos pelas Nações Unidas. Um segundo enfoque é o fato dos direitos da pessoa humana receber diversas proteções legais: a nacional e a internacional, esta última através dos seus sistemas global e regionais. Em face disto pode haver direitos idênticos que são tutelados por dois ou mais instrumentos. Como não há hierarquia entre estas sistemáticas caberá ao indivíduo, que sofreu a violação de direito, escolher o aparato que for mais favorável à proteção do seu direito. No domínio de proteção dos direitos humanos, o que vigora é a primazia da norma que for mais favorável à vítima seja de direito interno ou internacional.

A visão moderna de direitos humanos exige que a custódia destes direitos elementares seja levada a cabo tanto pela ordem jurídica nacional, quanto pela regional e global, numa dinâmica de interação com o fim de uma proteção mais integral possível. Entretanto não se pode perder de vista que o objetivo último dessas diferentes instâncias e procedimentos é incrementar e aprimorar a proteção dos direitos dos indivíduos, e não restringi-la.

> Teoricamente, os conflitos devem ser evitados mediante a aplicação das seguintes regras: (1) os standards da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de qualquer outro tratado das Nações Unidas que for acolhido por um país devem ser respeitados; (2) os standards de direitos humanos que integram os princípios gerais de Direito Internacional devem ser também respeitados; (3) quando os standards conflitam, o que for mais favorável à vítima deve prevalecer. (STEINER, 1994, p.401 *apud* GOMES; PIOVESAN, 2000, p.25).

3. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema interamericano de promoção e proteção de direitos humanos se desenvolveu no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) como uma réplica regional do movimento universal e europeu de criar mecanismos internacionais de proteção para os direitos humanos.

A formação da Organização dos Estados Americanos (OEA), como um grupo regional dentro da estrutura maior das Nações Unidas, teve como ponto de partida a elaboração da *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* (DADH) e da *Carta Internacional Americana*. Ramos (2001, p.57), a respeito, acentua que "Após a adoção da *Carta da OEA* e da *Declaração Americana*, iniciou-se um lento desenvolvimento da proteção internacional de direitos humanos no continente americano".

Estes dois importantes instrumentos são considerados até hoje como pilares do sistema interamericano. A importância da *Carta da*

OEA advém de vários aspectos: primeiro, representa o documento oficial que dá vida à Organização; segundo, a Carta cria os órgãos políticos da OEA. Esta Carta trouxe a obrigação genérica de respeito aos direitos fundamentais (arts. 3 K, 16, 17, 32, 44, 45,136). A DADH, de contraparte, especificou quais são os direitos humanos fundamentais que devem ser observados e garantidos pelos Estados, constituindo um complemento indispensável da Carta da OEA. Além disso, proclamou expressamente a universalidade dos direitos humanos, considerando que estes são inerentes à condição humana, bem como, tratou tais direitos, como um conjunto unitário, interrelacionado a todas as esferas da vida humana e todo o contexto político, social, econômico ou cultural. Consagrando uma visão integral dos direitos humanos.

A Declaração Americana por muito tempo, foi o instrumento normativo mais importante dentro da OEA na matéria, pois não havia outro tratado que protegesse os direitos humanos. Com o tempo sentiu-se a necessidade de um órgão especificamente encarregado de monitorar os avanços e retrocessos dos direitos humanos no hemisfério. Por isto, em 1959, cerca de onze anos após a adoção da Declaração Americana, criou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na 5ª Reunião de Consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile de 12 a 18 de agosto de 1959.

Malgrado os avanços alcançados pela Comissão com o passar do tempo, reconheceu-se que o sistema interamericano carecia de um órgão judicial, que complementaria o trabalho da CIDH e traria maiores conseqüências jurídicas para ordenamentos internos dos países. Com esta preocupação, a OEA tomou um passo importante para a construção de um sistema de proteção mais sério e eficaz.

É neste cenário que, em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José, Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Um instrumento internacional que consagra a obrigatoriedade para os Estados partes de garantir, proteger e promover os direitos humanos fundamentais de todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição e determina a responsabilidade internacional daqueles Estados que transgridem suas normas. Atendo-se à análise estrutural deste documento, observa-se que ele está disposto em três partes: a primeira parte refere-se aos deveres dos Estados e direitos protegidos, a segunda parte, aos meios de proteção, e a terceira parte, estabelece disposições

gerais e transitórias. Na segunda parte, com a denominação jurídica de Meios de Proteção, enuncia-se o acesso à tutela dos direitos humanos, estabelecendo o regime dos dois órgãos de proteção, a saber: Comissão e Corte Interamericanas.

A CADH entrou em vigor em 1978 e no ano seguinte instituiu-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH), que se estabeleceu em São José, Costa Rica, com objetivo interpretar e aplicar a Convenção. A criação deste tribunal consubstancia a maior inovação introduzida pela CADH. Ademais, em relação a sua antecessora, diferencia-se pelo seu caráter vinculante para os Estados partes: sua transgressão é passível de julgamento perante a CteIDH, criada com este fim.

Dada a diversidade de fontes jurídicas, no continente americano há dois subsistemas normativos em matéria de direitos humanos, que não são incompatíveis entre si, mas se reforçam mutuamente. O primeiro subsistema deriva-se da *Carta da OEA* e atinge todos os Estados-Membros desta Organização. Tem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão de implementação dos preceitos primários proclamados em seu bojo. O segundo advém da entrada em vigor da CADH e dos outros instrumentos a ela conexos. Através dela foi criado o segundo órgão supervisor do sistema interamericano de direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ressalte-se que a CIDH faz parte, como órgão comum, de ambos os subsistemas.

O Estado Brasileiro ratificou o *Pacto de San José da Costa Rica* por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 28 de maio de 1992 e pelo Decreto Executivo 678 de 6 de novembro do mesmo ano. O cumprimento dessas formalidades em atendimento ao disposto no Texto Constitucional, art. 49, inciso I e art. 84, inciso VII, trouxe para a Convenção força normativa, com a obrigação de ser observada e respeitada pelo Brasil no tocante aos direitos ali assegurados. Quanto à aceitação da jurisdição obrigatória da Corte, somente foi autorizada através do Decreto Legislativo nº 89/98.

3.1 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O ÓRGÃO CENTRAL DO SISTEMA INTERAMERICANO

A OEA tomou um passo importante no sentido da edificação de um sistema mais sério e eficaz adotando a CADH em 1969. Esta

Convenção previu novas atribuições para a CIDH, que passou a ter uma dupla função: além de, como órgão da OEA, zelar e receber petições individuais sobre violações aos direitos consagrados pela Carta da OEA e pela Declaração Americana; passou a ser, também, órgão da Convenção Americana, analisando petições individuais e encaminhando casos à apreciação da CteIDH. "A Comissão atua nesses dois papéis de modo idêntico. A diferença está na possibilidade de processar o Estado infrator perante a Corte, só existente no âmbito da Convenção Americana (e se o Estado referido houver reconhecido, por meio de declaração facultativa, a jurisdição obrigatória da Corte)" (RAMOS, 2001, p.57).

> Em relação ao Brasil, citem-se os casos 1683 e 1684, que reuniram-se várias entidades peticionantes contra o Estado brasileiro, acusado de repetidas violações de direitos humanos durante o ápice dos anos de chumbo da ditadura militar (1960-1970), quando o Brasil ainda não havia ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo obediência, contudo, aos dispositivos da Carta da OEA e da Declaração Americana (RAMOS, 2001, p.67).

3.1.1. COMPOSIÇÃO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é composta por 7 (sete) comissionários, pessoas de alta autoridade moral e de notório saber na área de direitos humanos que trabalham em tempo parcial, individualmente e de forma autônoma, sem vínculos com governos específicos. Muito embora na prática geralmente sejam advogados, não há nenhuma exigência a esse respeito. Esses membros são eleitos por voto secreto na Assembléia Geral da OEA, pelos seus Estados membros, de uma lista de candidatos proposta pelos governos dos mesmos, sejam ou não partes da CADH para um mandato de 4 (quatro) anos e cabendo uma única reeleição.

Deve-se observar que entre os membros da Comissão não poderá haver dois nacionais de um mesmo Estado, isto para assegurar a participação do maior número possível de Estados.

Através dos anos, tanto homens quanto mulheres têm sido membros da Comissão. Ressaltamos, como curiosidade, que o primeiro presidente brasileiro da CIDH foi o jurista Dunshee de Abranches, no biênio 1968-1970; a professora Gilda Russomano foi presidente da Comissão entre 1989-1990 e Hélio Bicudo presidiu a mesma no período de 1999-2001.

3.1.2 COMPETÊNCIA

Como um órgão da Carta, a CIDH desempenha várias funções, incluindo a investigativa, bem como procedimentos não contenciosos de busca de soluções amigáveis para conflitos. Emite, ainda, opiniões consultivas em relação à interpretação da Convenção ou outros tratados de proteção aos direitos humanos, e também sobre adequação dos ordenamentos internos a esses tratados. Regularmente, ela é consultada pelo Conselho Permanente da OEA e Assembléia Geral em debates de direitos humanos. Finalmente, um dado importante é que os órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos têm seguido três métodos ou sistemas de implementação dessas atribuições: mecanismos de petições, de relatórios e de determinação de fatos ou investigações. No caso da CIDH, os três métodos são utilizados.

A CIDH ao realizar visitas *in loco* pode coletar preciosas informações sobre a situação geral dos direitos humanos no território de um determinado Estado-membro da OEA, o que irá facilitar a elaboração de relatórios. Como principal órgão da OEA, é seu dever avaliar a situação de direitos humanos no hemisfério e apresentar as suas conclusões à Assembléia Geral . Esse foi o caso da visita realizada ao Brasil, que teve um objetivo mais geral de elaboração de uma espécie de retrato da situação brasileira em matéria de direitos humanos.

> Cite-se como exemplo, a visita da Comissão ao Brasil em 1995. Com efeito, a Comissão realizou, pela primeira vez em sua história, missão geral de observação *in loco* da situação de respeito aos direitos humanos no território brasileiro em 1995. Durante a permanência da missão no Brasil (de 27 de novembro a 9 de dezembro), os integrantes

> da Comissão reuniram-se com membros do governo, da sociedade civil organizada, ouvindo depoimentos e coletando dados. A partir desse trabalho de campo, a Comissão elabora um relatório (dito geográfico, por abranger a análise da situação geral dos direitos humanos em um território, no caso o brasileiro), emitindo recomendações para a promoção dos direitos humanos (RAMOS, 2001, p. 65).

Inegavelmente, essas missões observadoras se prestam também para preparar estudos que julgue convenientes ou para formular recomendações apropriadas aos governos dos Estados-membros da OEA. O estudo nos países também é uma forma de investigar as condições de direitos humanos dentro dos Estados. A comissão inicia seus estudos quando recebe numerosas comunicações ou outras evidências individuais, freqüentemente provindas de organizações não governamentais de direitos humanos, alegando uma violação em larga-escala de tais direitos dentro de um país.

As missões observadoras permitem o diálogo com as diversas forças sociais do país. Na sua visita, a CIDH terá encontros tanto com autoridades do governo, como com membros de organizações não governamentais, como também ouvirá as opiniões dos cidadãos comuns. Também manterá reuniões com membros do Poder Judiciário, normalmente com os juízes e presidente da Supremo Tribunal Federal. Outro setor que também deverá ser convidado a se reunir com a Comissão é dos líderes de movimentos dos trabalhadores, dos representantes de distintas organizações indígenas ou étnicas.

Para uma melhor apreciação das circunstâncias peculiares do país, a Comissão visitará os presídios, oportunidade em que conversará com as autoridades penais e se reunirá em privado com os presos. Como sublinha Aguiar (1995, p 243) " estas visitas incluirão inspeções a todas as instalações da penitenciária, tais como cozinha, clínicas de saúde, celas de isolamento, áreas de trabalho e recreação." Por vezes, a CIDH recebe denúncia de uma violação de direitos humanos durante sua visita *in situ*. Ela deverá receber as testemunhas ou vítimas e gravar seus depoimentos, para utilizá-los posteriormente como prova nos casos contenciosos da Corte Interamericana.

Finalmente, a Comissão para realizar suas missões observadoras terá que contar com a anuência do governo em questão, pois um país não é obrigado a admitir a entrada da CIDH em seu território. Mas se permiti-la terá que assegurar as condições mínimas para o desenvolvimento da sua tarefa. A respeito deste assunto, adverte Ledesma (1999, p. 57) que apesar dos Estados poderem negar seu consentimento para que se pratique uma observação *in loco* em seus respectivos territórios, não poderão sustentar que possuem uma faculdade absolutamente discricionária para permitir ou rechaçar as referidas investigações, pois na verdade eles têm o dever de cumprir de boa-fé as obrigações que assumiram ao aderir a *Carta da OEA*, assim como têm o dever de cooperar com as tarefas encomendadas aos órgãos do sistema. Por esta razão, uma injustificada negativa por parte do Estado possibilita à CIDH extrair as conseqüências jurídicas que derivam da falta de cooperação do Estado.

A Comissão preparará um esboço de relatório que será publicado no Relatório Anual ou em separado como um Relatório especial. O relatório deverá detalhar as condições dos direitos humanos no país. O esboço do relatório será submetido ao governo do Estado para seus comentários. A sua resposta é analisada pela Comissão, que determinará se o relatório deve ser corrigido à luz das informações trazidas pelo governo. Depois, o relatório será publicado nos idiomas oficiais da CIDH. Não será necessário publicar o relatório se o governo adotar as medidas necessárias para solucionar os problemas de direitos humanos ou concordar em se submeter às recomendações ou ainda comprovar que não estava cometendo alguma infração.

3.1.3 PETIÇÕES INDIVIDUAIS E COMUNICAÇÕES DOS ESTADOS

Os mecanismos de controle contemplados pela CADH são essencialmente um sistema de petições individuais e um sistema de comunicações estatais. O procedimento individual é considerado de adesão obrigatória, ou seja os Estados ao aderirem à Convenção automática e obrigatoriamente estarão aceitando a competência da Comissão para examinar as denúncias e queixas, não sendo necessário qualquer declaração expressa e específica para este fim. Em oposição,

o procedimento interestatal é facultativo, em outras palavras, o Estado parte ao depositar seu instrumento de ratificação ou adesão à CADH, terá que declarar que reconhece a competência da CIDH para receber e examinar as comunicações em que um Estado parte alegue que outro Estado parte tenha violado os direitos humanos consagrados pela Convenção.

Em todo o caso, convém observar que a ferramenta principal do sistema interamericano para a defesa dos direitos humanos é o processamento de casos individuais de violações de direitos humanos. De acordo com a Convenção Americana e o regulamento da CIDH, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode iniciar o procedimento perante a CIDH. A vítima ou seus familiares, porém, devem ter estado sujeitos, no momento da alegada violação, à jurisdição interna do Estado contra o qual se apresenta a denúncia.

Esta disposição configura o espírito do sistema interamericano, qual seja, o da não restrição ao acesso dos indivíduos às instâncias internacionais, assegurando o direito de petição individual. Este consubstancia um direito autônomo que possui toda pessoa de poder atuar, diretamente ou através de representantes, como peticionário ante as instâncias internacionais para, no caso de violação de seus direitos fundamentais, poder vê-los restabelecidos, e obter uma justa reparação. Representa a maior garantia ao exercício dos demais direitos consagrados na CADH, nos instrumentos a ela conexos e na DADH. A este respeito assinalou o Juiz Cançado Trindade em seu Voto Concorrente do Caso Castillo Petruzzi y otros:

> não se pode analisar o artigo 44 como se fosse uma disposição como qualquer outra da Convenção, como se não estivesse relacionada com a obrigação dos Estados Partes de não criar obstáculos ou dificuldades para o livre e pleno exercício do direito de petição individual, ou como se fosse de igual hierarquia que outras disposições procedimentais. O direito de petição individual constitui, em suma, a pedra angular do acesso dos indivíduos a todo o mecanismo de proteção da Convenção Americana (LEDESMA, 1999, p. 192-193)

Sem o direito de petição individual, os instrumentos interamericanos de direitos humanos seriam recurso de mera retórica, careceriam de eficácia real. Inobstante esse dinâmico e valioso mecanismo internacional que confere às pessoas iniciativa processual para proteger os direitos que lhes são ínsitos, poucas têm notícia dessas disposições e infelizmente, também muitos operadores do direito, não têm o conhecimento necessário que viabilize o manuseio desta instrumentalização de defesa dos direitos comuns a toda humanidade.

A Comissão constitui o único canal de acesso dos indivíduos ao sistema interamericano, pois apesar das recentes reformas dos regulamentos da Corte e da Comissão interamericanas concederem um *status* independente às vítimas e seus representantes no procedimento ante à CteIDH, estes não têm acesso autônomo perante a este tribunal.

Para a CIDH abrir um caso, terá que se alegar que um dos Estados-membros da OEA é responsável da violação dos direitos humanos em questão. Nesta hipótese a CIDH aplicará a CADH e os demais instrumentos indicados no seu regulamento para processar aqueles Estados denunciados que são partes da Convenção. Em relação àqueles Estados não partes da referida Convenção, a CIDH aplicará a Declaração Americana. Na prática, o tratamento dado às comunicações individuais recebidas sobre Estados partes e não partes da CADH é análogo, com a diferença de que o procedimento aplicado aos Estados partes abre a possibilidade de remissão de casos à Corte e prevê um mecanismo de conciliação, conhecido pelo nome de solução amistosa.

Não é desnecessário frisar que a Comissão somente examinará aquelas petições nas quais se alegue que os agentes de um Estado cometeram violações de direitos humanos por ação, ou que tenham faltado com o dever de prevenir uma violação aos mesmos ou falhado em dar um tratamento posterior adequado à mesma, incluindo a investigação e a conseqüente punição dos responsáveis, assim como o pagamento da devida indenização.

Para facilitar o acesso ao sistema, a CIDH elaborou um singelo formulário que não requer uma assistência letrada e que contêm os requisitos básicos, meramente formais, que devem tramitar-se para que a Secretaria possa admitir a denúncia, quais sejam:

1. Nome, nacionalidade e assinatura da pessoa ou pessoas denunciantes ou no caso do peticionário ser uma ONG, o nome e a assinatura de seu (s) representante(s) legal (is);
2. A indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de direitos humanos;
3. Se o peticionário autoriza que sua identidade seja revelada. No caso de silêncio, esta será mantida em sigilo perante o Estado denunciado;
4. Exposição do fato ou situação denunciada, com a especificação do lugar, data em que ocorreram as violações alegadas (O que passou? Onde? Quando? Que tipo de participação tiveram os agentes estatais? A autoridade estatal teve conhecimento do ocorrido?);
5. O nome da vítima e se possível de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada;
6. Os direitos humanos, contidos na CADH ou em outros instrumentos básicos aplicáveis, que foram violados, ainda que não se faça uma referência específica ao artigo que foi supostamente violado;
7. Referência às ações empreendidas para esgotar os recursos internos ou a impossibilidade de fazê-lo;
8. Endereço para receber correspondência da Comissão e se for o caso, n° do telefone, fax ou e-mail.

O procedimento de trâmite de uma denúncia perante a Comissão segue um modelo quase judicial, contemplando réplicas, tréplicas e audiências. No entanto apresenta menos formalismos do que nos sistemas nacionais, podendo as vítimas formular suas denúncias por si mesmas sem necessidade de estarem assistidas por advogado ou através de seus representantes. Geralmente a impossibilidade física da vítima para apresentar a denúncia e o medo de sofrerem represálias fazem necessária uma assistência legal que na maioria dos casos é prestada por ONGs ou entidades protetoras dos direitos humanos, as quais também têm legitimidade para interpor tais denúncias segundo o estabelecido no artigo 44 da CADH.

O procedimento de um caso perante a Comissão tem três fases: a apresentação da denúncia, quando se comunica a CIDH os fatos e os

motivos de submeter uma determinada situação à sua apreciação; a admissibilidade, onde a CIDH determina se o caso reúne todos os requisitos necessários e se há jurisdição para apreciá-lo; e a etapa de mérito, onde se define se um Estado é responsável pelas violações alegadas e de que maneira deverá proceder para solucionar o caso.

Deve se observar que esta função de receber petições ou comunicações que contenham violações dos direitos protegidos por algum Estado-membro, constitui um aspecto fundamental do papel desempenhado pela CIDH dentro do sistema. O caráter transcendental desta função advém de duas questões em particular. A primeira é que a CIDH atua como um organismo quase-judicial, pois está submetida a procedimentos preestabelecidos, que supõe um exame da situação exposta pelo peticionário com a subseqüente conclusão se o Estado denunciado violou ou não suas obrigações internacionais. A segunda fixa-se no fato de que a CIDH é o meio pelo qual um caso pode chegar à Corte; em outras palavras, para um caso ser submetido à competência da CteIDH é pressuposto processual inafastável ter passado antes pelo procedimento marcado nos artigos 44 a 51 da CADH, relativos ao procedimento de petições individuais. Em concordância com o exposto, conclui-se que antes da entrada em vigor da CADH a Comissão possuía apenas atribuições eminentemente políticas e diplomáticas, mas a CADH lhe conferiu funções jurisdicionais ou para alguns doutrinadores quase-judiciais, similares às da Comissão Européia. Por esta razão, a Corte comparou a CIDH a uma espécie de Ministério Público do sistema interamericano de proteção.

3.2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte é um órgão judicial internacional, com independência e autonomia. A Corte está definida no seu estatuto, art.1°, como uma "instituição judicial autônoma", cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da CADH. O mestre Espiell (1999, p.80), acentua que o qualificativo "autônoma" está corretamente empregado, pois traduz com precisão que a Corte exerce suas funções contenciosa e consultiva de maneira absolutamente autônoma e independente. Dizer que a Corte

é independente e autônoma significa concluir que a mesma não depende da OEA, exercendo suas funções de forma não subordinada, não tendo nenhuma relação hierárquica que implique em instruções ou diretrizes. Por seu turno, a expressão "Instituição Judicial" reporta-se, como aduz Navia (1994, p.258), a um tribunal que administra a justiça, com competência para decidir um caso contencioso relativo à interpretação e aplicação da CADH e para dispor garantia à vítima de violação de um direito ou liberdade protegidos por esta, o gozo dos mesmos, a reparação das conseqüências e o pagamento de uma justa indenização às vítimas. Trata-se de um Tribunal Internacional, no qual o litígio se trava entre a Comissão e os Estados ou entre os Estados.

A Corte está sediada em San José da Costa Rica, onde foi instalada em 3 de setembro de 1979. Constitui-se por sete juízes, "experts" na matéria de direitos humanos, eleitos com base na titulação pessoal pelos Estados partes da CADH, na Assembléia Geral da OEA, entre uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Na composição da Corte não deve haver mais de um juiz da mesma nacionalidade.

O mandato dos juízes da Corte é de seis anos, cabendo reeleição por uma só vez. Gozam das imunidades e privilégios reconhecidas, pelo Direito Internacional, aos agentes diplomáticos, concedidas automaticamente pelos Estados partes, enquanto durarem seus mandatos. Cabe ainda acrescentar que a Corte não é um tribunal permanente.

A Corte exerce dois tipos de competência: uma contenciosa e outra consultiva. No exercício da competência contenciosa, a Corte examinará casos concretos atentatórios aos direitos humanos e depois de verificados os pressupostos de admissibilidade, decidirá se houve violação a um direito ou liberdade protegido na CADH, prolatando uma sentença, que determinará a restauração do gozo do direito ou da liberdade violados e a reparação das conseqüências advindas com a prática do ato violador.

Neste plano contencioso, a competência da Corte não deriva direta e imediatamente da ratificação dos Estados partes à CADH, mas do reconhecimento expresso desta competência ao Secretário Geral da OEA. Nos términos do artigo 62 da Convenção, essa declaração de reconhecimento pode ser incondicionalmente aplicável a todos os casos ou, então, em condições de reciprocidade, por prazo determinado ou

para um caso específico. Há que se atentar que esta aceitação da competência da Corte é opcional e facultativa.

A Corte somente poderá conhecer de pedidos dos Estados partes e da CIDH. Eis o enunciado no o art. 61(1) da CADH: " Somente os Estados partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte." Nesse passo, nem os indivíduos, os organismos internacionais, nem nenhum outro órgão do sistema interamericano ou entidade governamental têm a capacidade de submeter um caso à decisão da Corte.

Atendo-nos ainda a legitimação ativa da CIDH, mencione-se que ao apresentar um caso à Corte, aquela atua como um órgão do sistema interamericano de proteção estabelecido pela CADH. Não atua como representante da vítima, nem como peticionário, mas em cumprimento a uma atribuição, que justifica a sua existência: a defesa dos direitos humanos. Ademais, a Comissão comparece em todos os casos em trâmite na Corte velando pela efetividade deste interesse comum do sistema regional. Daí decorre sua intitulação de "Ministério Público" do sistema interamericano.

No entanto, com o novo Regulamento da Corte, que entrou em vigor em 2001, ampliou-se a participação do indivíduo a todo o procedimento contencioso. Esta nova realidade pode ser observada no art. 23 deste Regulamento. No sistema de litígio dos casos eleva-se em importância à posição das vítimas e de seus representantes, que adquiriram um papel central no desenvolvimento do processo, permitiu-se sua defesa autônoma frente à Corte, desta forma, sem que isto seja demérito a relevante função da CIDH, outorgou-se aqueles melhores possibilidades de reparação.

Um aspecto não menos relevante é que a Corte no exercício de sua competência de examinar qualquer caso que verse sobre a interpretação ou aplicação da CADH ou em relação à violação de outros tratados que tratem de direitos humanos, não se vincula às decisões da Comissão.

Por último, explicite-se que a competência da Corte será definida observando o exato momento em que os fatos ocorreram em relação ao momento em que a Convenção entrou em vigor para o país demandado. Saliente-se que os Estados partes do Pacto de San José podem denunciá-lo, mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da OEA, o qual deve informar as outras partes. Sendo

que o Estado denunciante será responsabilizado por violações cometidas anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

A Corte é um órgão colegiado, logo todo o juiz que houver participado do exame de um caso, tem o direito de expor publicamente seu voto dissidente ou concorrente. Esses votos deverão ser apresentados dentro do prazo fixado pelo Presidente, para que seja do conhecimento dos demais juízes, o que antecede a comunicação da sentença. Esses votos deverão se deter a matéria tratada na sentença. Desta deve ser dada notificação às partes e ciência aos Estados partes na Convenção. No caso de determinar uma indenização compensatória, a sentença terá força de título executivo, podendo ser executada no Estado condenado, de acordo com sua legislação interna que dispõe sobre a execução de sentenças contra o Estado.

A sentença proferida pela Corte é definitiva e inapelável, e fixa também um eventual pagamento de custas. Por essa razão, não caberá recurso ante qualquer outra autoridade da decisão da Corte, trata-se de um tribunal de última instância. Não obstante, em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, caberá petição de qualquer das partes, em um prazo de noventa dias, para elucidar o ponto duvidoso, do chamado recurso de interpretação, previsto na CADH no art.67, que se assemelha aos embargos de declaração.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu enfocar o despertar da comunidade internacional para a inviabilidade de se deixar a cargo unicamente das instituições domésticas a proteção dos direitos humanos, evidenciando assim a necessidade da criação de instâncias internacionais de proteção.

Com efeito, examinou-se que depois de proclamadas as primeiras declarações de direitos, sentiu-se a necessidade da adoção e a entrada em vigor de tratados internacionais nos quais os Estados partes se obrigassem a respeitar os direitos nele consagrados.

Outrossim, durante as últimas décadas, muitas convenções regionais e globais de proteção de direitos humanos foram ratificadas, o que implicou no reconhecimento de muitos direitos e no pacto de correlatas obrigações, tudo com o fito de aperfeiçoar e fortalecer a proteção aos referidos direitos. Algo que se procurou salientar é que com esta

formulação em textos internacionais, os direitos humanos passaram de mero conjunto de valores éticos mais ou menos compartilhados, para constituir uma categoria normativa da maior importância, na medida em que delimita o comportamento legítimo dos órgãos estatais.

Como corolário, a violação dos referidos direitos é uma questão de relevância internacional e não concerne ao domínio exclusivo do Estado. A partir dessas considerações, demonstrou-se que não é portanto ilegítimo que a Assembléia Geral da OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou qualquer outra instância internacional examine a situação dos direitos humanos, não em termos puramente abstratos, mas concretos, em algum país em particular. A criação desses mecanismos internacionais de supervisão constitui uma inovação em relação ao Direito Internacional clássico.

No âmbito das Nações Unidas surgiu o sistema normativo global, ao lado deste emergem os sistemas regionais integrados pelo sistema europeu, africano e americano. Ao enfocar a existência desses sistemas internacionais, houve a preocupação de deixar claro que estes não são dicotômicos, mas complementares. O propósito do presente estudo foi estudar os direitos humanos no marco de um dos sistemas regionais: o sistema interamericano de proteção. Empenhamo-nos na tarefa de analisar o aparato de monitoramento estabelecido pela CADH, que é integrado pela Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, que tem sido utilizado pelos indivíduos como um recurso adicional, quando se frustam todas as suas tentativas no âmbito interno de verem seus direitos respeitados e restabelecidos, contribuindo, assim, para a defesa e garantia dos direitos fundamentais frente às violações praticadas pelos Estados.

O sistema interamericano tem alcançado a reparação a nível regional de diversas vítimas de violações de direitos humanos. Já existe uma abundante prática na matéria e um considerável número de decisões emanadas por seus órgãos.

Finalmente, ressaltamos que em todo o corpo deste trabalho objetivou-se a apresentação do sistema interamericano de proteção e as variadas ferramentas que existem neste sistema, tanto nas esferas políticas como judiciais. De igual modo foi objeto de nossa preocupação abordar questões relacionadas a efetividade desse sistema regional no ordenamento jurídico brasileiro.

5. REFERÊNCIAS

Livros

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. *Direitos Humanos: visões contemporâneos*. São Paulo, 2001.213p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1999. (Polêmica).

ESPIEL, Héctor G. "El Procedimento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". In: NIKKEN, Pedro (Org.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estudios y documentos*. 2 ed. San José, C. R.: Corte IDH, 1999, p. 77- 118.

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 466 p.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2. ed. Costa Rica: IIDH, 1999, 785p.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Os Direitos humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 292 p.

NAVIA, Rafale Nieto. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos". In: CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (Comp.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José, C.R.: IIDH, 1994. p. 251 – 273.

NIKKEN, Pedro (Org.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estudios y documentos*. 2 ed. San José, C. R.: Corte IDH, 1999, 477 p.

PADILA, David J. *La Comisson Interamericana de Derechos Humanos*. In:_____.p.227-249.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4.ed. São Paulo : Max Limonad, 2000. 464 p.

RAMOS, André Carvalho. *Direitos Humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo e implementação dessas decisões no Direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RESCIA, Víctor Rodríguez. La ejecución de sentencias de la Corte. In:

MÉNDEZ, Juan E. ; COX, Francisco. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos*. San José, C.R.: IIDH, 1999, p. 449- 490.

Revista e Artigos

FISCHMANN, Roseli. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/fischman.html> . Acesso em: 11de setembro de 2002.

FORTALECIMENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: Revista semestral IIDH. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 30-31, 2001. Edição Especial.

O Fortalecimento do Sistema Interamericano de Proteção. *Centro pela Justiça e o Direito Internacional,* Costa Rica:2001.

PIOVESAN, F. Direitos Humanos Globais. *Revista Direitos Humanos*- GAJOP, Recife,p.51, dez. 1999.

REVISTA DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. Salvador: Nova Civilização, 2001.

Relatórios, Legislações e Comunicações em Congressos

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Novo Regulamento da Corte. Resolução, de 2000. Informe: *Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su Macanismo de Proteción.* Costa Rica : Corte IDH, 668 p., 2 vol., 2001.

TRINDADE, Antônio Cançado; *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en El Siglo XXI*. Chile: Editorial Jurídica do Chile, 2001, 449 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Org.). Memória del Seminário El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. In: SEMINÁRIO EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI, 1999, Costa Rica. **Resumos...** San José, C.R.: Corte IDH, 2001, 750p.

Homepages Institucionais

CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL . Apresenta textos sobre os mecanismos internacionais de Direitos Humanos nos Estados membros da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: < www.cejil.org/portuguese/index.shtml >. Acesso em : 19 de janeiro de 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Apresenta documentos referentes às atividades da entidade do Sistema Interamericano de Proteção e Promoção dos Direitos humanos nas Américas. Disponível em: < www.cidh.oas.org/comissao.htm >. Acesso em: 10 de agosto de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Apresenta informações gerais sobre a estrutura e a transcrição das decisões da instituição judicial do Sistema Interamericano de Direitos humanos. Disponível em: < www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 19 de janeiro de 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Desenvolvida pela Secretaria Técnica de Mecanismos de Cooperação Jurídica. Apresenta informações gerais e específicas sobre as atividades desempenhadas no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: < www.oas.org.defaultpt.htm >. Acesso em : 10 de julho de 2002.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Genésia Marta Alves Camelo, bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, procuradora federal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, cuja área de interesse encontra-se inserida no âmbito dos direitos difusos.

RESUMO: A Ação Civil Pública constitui-se em instrumento de grande importância na defesa dos direitos transidividuais, sendo responsável pela reparação de vários bens patrimoniais.

Na tramitação da Ação Civil Pública deve-se atentar para a peculiaridade pertinente à legitimação especial, devendo em caso de negligência de co-legitimado ser dado prosseguimento ao processo quer seja pelo Ministério Público Federal ou por outro co-legitimado.

Para possibilitar a efetiva defesa do patrimônio cultural, o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo, uma vez que constitui atribuição das autoridades administrativas definir os critérios e diretrizes de proteção do citado direito transindividual, bem como determinar condutas comissivas ou omissivas pautadas na conveniência e oportunidade.

Proferida sentença condenando à reparação de dano causado a bens objeto de proteção federal, dano este de abrangência nacional, a imutabilidade ocorrerá em todo o país independentemente dos limites da competência territorial do juiz prolator.

Pensamos, enfim, que a destinação de parcela dos recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD, com fins à efetiva reparação do patrimônio cultural lesado, independentemente de análise de projeto pelo CFDD – Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, representaria grande avanço na proteção do mencionado direito transindividual, além de consolidar a Ação Civil Pública como importante instrumento na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública; patrimônio Cultural

ABSTRACT: The Public Civil action consists in one instrument of great importance in the defense of the transcend individuals rights, being responsible for the repairing of some capital assets.

In the transaction of the Public Civil action it must be attempted for the pertinent peculiarity to the special legitimacy, having in co-legitimated case of recklessness of being given continuation to the process it wants either for the Federal Public prosecution service or another co-legitimated one.

To make possible the effective protection of the cultural patrimony, the Judiciary power cannot enter in the administrative merit, a time that constitutes attribution of the administrative authorities to define the criteria and direction lines of protection of mentionted on the transcend individuals rights, as well as determining through positive actions or omissive ones both based on the convenience and opportunity.

Pronounced sentence condemning to the repairing of actual damage the good object of federal protection, damage this of national impact, the immutability will all occur in the country independently of the limits of the territorial ability of the sentencing judge.

We think, at last, that the destination of a parcel of the resources of the FDD (Protection fund for the transcend individuals rights), with ends to the effective repairing of the injured cultural patrimony, independently of analysis of project for the CFDD (Management Council for the fund for the transcend individuals rights), would represent great advance in the protection of mentioned on the transcend individuals rights, besides consolidating the Public Civil action as important instrument in the defense of the Brazilian cultural patrimony.

KEY-WORDS: Public civil action; Cultural patrimony

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é aferir se as peculiaridades da Ação Civil Pública, após dez anos do advento da Lei 7347/85, têm conferido efetiva proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

A Lei 7347/85 estabelece que a promoção da defesa de interesses de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico possa se concretizar por meio de Ação Civil Pública.

No presente texto discorreremos sobre os aspectos relevantes da Ação Civil Pública, instituída pela Lei 7347/85, visando a proteção de direitos transindividuais.

Ao propósito, também serão consideradas disposições da parte processual do Código de Defesa do Consumidor, as quais se aplicam no âmbito da ação civil pública por força do art. 21 da Lei 7347/85 e art. 117 do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Importante registrar que ao longo destes dez anos, a Lei 7347/85 foi fortemente combatida pelo poder político resultando em alterações aberrantes como as constantes dos arts. 1º, parágrafo único e 16 do referido diploma legal.

Contudo, surgiram alterações relevantes como a ampliação dos objetos mediato e imediato de tutela jurisdicional.

2. LEGITIMAÇÃO ATIVA

A fim de garantir a efetividade da proteção ao direito violado, estas ações são dotadas de legitimação especial de modo a evitar decisões contraditórias e atender ao preceito constitucional de acesso à jurisdição.

Destarte, podem ser propostas por diversos co-legitimados ativos, seja em conjunto ou separadamente – legitimação concorrente e disjuntiva -, sendo que os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da Ação Civil Pública norteiam a atuação do Ministério Público.

A proteção judicial do patrimônio cultural brasileiro tem sido exercitada pelas autarquias que possuem atribuições afins, bem como pelo Ministério Público.

Todavia, urge enfatizar que a desídia do autor da Ação Civil Pública não pode culminar na extinção do processo sem julgamento do mérito, nem tampouco à determinação de arquivamento, já que o Ministério Público possui o dever de assumir a promoção da ação em caso de desistência imotivada de co-legitimado, bem como de promover a execução da sentença no momento adequado.

Configura litispendência em Ação Civil Pública se co-legitimado ingressar com ação que contenha o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, embora os autores sejam distintos.

3. DA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Impende advertir que não cabe ao Poder Judiciário adentrar na análise do mérito do ato administrativo.

As autarquias instituídas com a finalidade específica de proteção do patrimônio cultural brasileiro foram dotadas de poder de polícia – atividade do Estado que tem como finalidade a limitação do exercício dos direitos individuais em proveito do interesse público. O poder de polícia tem como atributo peculiar a discricionariedade, uma vez que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão.

Nesse sentido, recorremos às lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> " (...) Normalmente esta discricionariedade existe: c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde." (Di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo, 2001, Editora Atlas, pág. 198):

Como se sabe, compete ao Poder Judiciário apenas a análise do ato administrativo discricionário sob o aspecto da legalidade, sendo-lhe vedado adentrar no seu mérito.

Mais uma vez, recorremos aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública,

> legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto" (idem, pág. 202).

Assim, não pode o Poder Judiciário impor diretrizes de oportunidade e conveniência de modo a estabelecer o que viola o patrimônio cultural brasileiro, quer se trate de patrimônio material ou imaterial. Exemplificando, não cabe ao Judiciário verificar, se eventual modificação em imóvel objeto de tombamento ou situado no entorno de bem tombado, executada sem a devida autorização da entidade que possui atribuição para concedê-la, provoca dano ao bem tombado, sob pena de adentrar no mérito administrativo.

Importante mencionar que a competência para avaliar acerca da causação de dano ao patrimônio histórico, artístico ou cultural, no âmbito federal, foi atribuída pelo Decreto-lei nº 25/37 ao IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que detém aparato necessário para tal mister, e no âmbito estadual para a respectiva entidade. Note-se que o Poder Judiciário, no julgamento de causa que verse sobre tal matéria, não pode colocar-se no lugar do órgão-técnico administrativo para chegar a uma conclusão diversa da que a instituição tenha chegado, no que toca aos aspectos técnicos da questão, cingindo-se a sua competência a avaliar acerca da legalidade do ato administrativo exarado, em aplicação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, competência privativa da entidade administrativa criada para este fim específico, conferindo, assim, concretude ao mandamento constitucional estabelecido no art. 216 CR, quanto à preservação do patrimônio cultural.

Nesse sentido, o voto do eminente Ministro M.ª Villas-Boas, consignado no acórdão proferido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 41.279, *in verbis*:

> "A Constituição manda que o poder público (isto é, as Autoridades administrativas) resguarde a integridade de obras, monumentos e documentos de valor histórico (art. 175).
> A lei confiou essa importante tarefa, de inquestionável interesse nacional, a funcionários especializados do Ministério da Educação e Cultura.
> A proteção constitucionalmente estabelecida começa com o exame dos projetos de edificações nas proximidades da coisa tombada.
> É àqueles servidores, de proclamada idoneidade, que incumbe apurar, antes de tudo, se determinada construção impede ou reduz a visibilidade dessa coisa.
> Não é possível que o Poder Judiciário, mesmo com o propósito de realizar a equidade altamente conferida a órgão de outro Poder, possa fazer justiça com os pareceres de peritos de sua escolha. Do ponto de vista legal e também constitucional, o critério prevalecente havia de ser o da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico, pois a lei faz da sua Autorização condição "sine qua nom" para o início das obras."

Ao propósito, também não compete ao Poder Judiciário determinar que o Poder Público realize determinada obra de conservação de imóvel objeto de tombamento.

O tombamento se constitui em forma especial de proteção ao bem de valor cultural, o qual confere restrições ao uso da propriedade sem contudo, esvaziar seu conteúdo econômico.

As despesas para conservação do imóvel devem ser suportadas pelo proprietário. A imposição destes deveres se encontra em perfeita consonância com a função social da propriedade e da posse. Apenas excepcionalmente, nos casos de urgência bem como de ausência de recursos financeiros do proprietário do imóvel (artigo 19 Decreto-lei 25/1937) caberá a execução das citadas obras pelo Poder Público. De mais a mais, o referido artigo deve ser interpretado em consonância

com a cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido, cabe salientar, que constitui prerrogativa da Administração Pública, no exercício de seu poder discricionário, verificar a necessidade de determinar as providências a serem adotadas, estabelecendo as prioridades na execução de obras de reparação e conservação do patrimônio tombado em consonância com os recursos financeiros disponíveis e em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público, visando a proteção do patrimônio cultural brasileiro em seu conjunto.

Por fim, ao Judiciário compete a revisão de atos administrativos sob os aspectos da competência, legalidade, fundamentação, imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade.

4. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÃO ENCONTRAM CORRELAÇÃO DIRETA COM A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A competência para o processamento e julgamento da Ação Civil Pública é funcional – do foro do local do dano, ressalvada a competência da Justiça Federal, consoante preceitua o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor.

Sucede que transitada em julgado a sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública a imutabilidade de seus efeitos não está adstrita à competência territorial do juiz como quer fazer crer o art. 16 da Lei 7347/85.

Dessa forma, uma vez transitada em julgado a Ação Civil Pública a lide não poderá ser renovada, ainda que seja em outro juízo. A imutabilidade será ampla.

Isso implica que uma vez proferida sentença condenando à reparação de dano causado a bens objeto de proteção federal, dano este de abrangência nacional, a imutabilidade ocorrerá em todo o país independentemente dos limites da competência territorial do juiz prolator.

5. DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

O art. 13 da Lei 7347/85 preceitua que a Ação Civil Pública que versar interesse transindividual lesado, havendo condenação em dinheiro ou imposição de multas cominatórias, estas reverterão para o fundo de defesa dos direitos difusos.

Ocorre que o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD possui como função primordial a reparação do dano causado.

Ao propósito, o próprio bem lesado deve ser reparado, sendo que, na sua impossibilidade, o recurso deverá ser utilizado para preservar ou restaurar os bens compatíveis.

Nesse particular, verifica-se que os recursos obtidos deverão ser utilizados em finalidade compatível com a origem da lesão – defesa de interesses equivalentes aos lesados.

Nesse sentido, o respeitável autor Hugo Nigro Mazzili considera que:

> "Esse fundo, que hoje se chama Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, por definição legal, tem a finalidade primordial de viabilizar a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.
>
> Se possível, o próprio bem lesado deve ser reparado; em caso contrário, o dinheiro da condenação poderá ser usado para preservar ou restaurar outros bens compatíveis.
>
> Assim, mesmo nas hipóteses mais complexas, sobrevindo condenação, o dinheiro obtido deverá ser usado em finalidade compatível com a origem da lesão. Como exemplo, no caso de dano irreparável a uma obra de arte, a indenização poderá ser utilizada para reconstituição, manutenção ou conservação de outras obras de arte, ou até mesmo para conservação de museus ou lugares onde elas se encontram."(Mazzilli, Hugo Nigro, 1950 - A

> defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 15. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.394/395).

Contudo, a atuação do fundo é excessivamente burocrática e muito centralizada nos Conselhos Gestores.

Outrossim, para se utilizar recursos do FDD, instituído pelo Decreto 1306 de 09/11/1994, há necessidade de oferecimento de contrapartida, devendo ser apresentado projeto de cunho inovador que será submetido à análise do Conselho. Os projetos serão escolhidos em reunião do CFDD pelos Conselheiros.

Sucede que os recursos do FDD poderão ser utilizados por instituições governamentais da Administração Direta ou Indireta, nas diferentes esferas de governo e organizações não governamentais brasileiras, sem fins lucrativos, com atuação nos campos contemplados.

Há de se asseverar que a atual política definida para aplicação dos recursos públicos do FDD permite que as entidades supramencionadas recebam recursos para projetos, tais como restauração de igrejas e implementação de museus, em detrimento da pronta reparação dos bens lesados ou de seus similares.

Entretanto, não se pode olvidar que para a proteção do patrimônio cultural se faz premente a destinação de recursos para núcleos históricos visando a reparação de danos ao patrimônio cultural bem como ações preventivas pertinentes a educação patrimonial.

Pode-se, pois, afirmar que para garantir efetiva proteção do patrimônio cultural é indispensável que as receitas do fundo sejam identificadas em conformidade com sua proveniência: natureza da infração, natureza do dano causado.

Dessa forma, é razoável que se pleiteie a utilização dos recursos do FDD para a proteção dos bens culturais, inclusive visando à execução de demolições de construções não autorizadas pela autoridade competente que venham a contrariar as normas e diretrizes de proteção do patrimônio cultural, adequações de imóveis irregulares, conservação de bem de grande valor cultural, dentre outros.

Ademais, seria altamente salutar se a aplicação dos recursos do FDD não ficasse restrita à apresentação de projetos a serem submetidos

ao Conselho. Isso implicaria na destinação de parcela dos recursos do FDD para atender requisições do Ministério Público e da Justiça, a fim de não restar frustradas as ações de execução de sentença proposta nos autos da Ação Civil Pública, conferindo concretude ao art. 634CPC.

Como se sabe, as entidades de proteção ao patrimônio cultural não dispõem de recursos suficientes a fim de proceder à execução da obrigação por terceiros, nos termos do art. 634 CPC.

Assim, a destinação de parcela dos recursos do FDD para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, reparando o patrimônio cultural lesado, independentemente da vontade do agressor, representaria grande avanço na proteção do mencionado direito transindividual, além de consolidar a Ação Civil Pública como importante instrumento na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

7. BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 13ª edição, São Paulo, Atlas, 2001, p. 196-204.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *1950 - A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* – 15. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.394/395.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública in Chaves, Cristiano Farias e Didier Junior Fredie* (coordenadores), *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*, São Paulo, editora Saraiva, 2003, p. 381-454.

A CRISE DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Arnaldo de A. Machado Júnior, advogado, bacharel em Contabilidade, especialista em Direito Processual Civil pela Fanese, professor da Fase (Faculdade de Sergipe) e membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia - Seccional de Sergipe.

RESUMO: O presente trabalho analisa o verdadeiro sentido do direito de acesso à justiça no direito brasileiro, tendo em vista o generalizado sentimento de insatisfação social com a prestação jurisdicional, que não consegue solucionar a contento os litígios que lhe são submetidos; sobretudo, levando-se em consideração a duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; instrumentalidade; efetividade; sincretismo.

ABSTRACT: This piece of work analyses the real meaning of the right to access the justice in the brazilian right, having in mind the overall feeling of social dissatisfaction with the juridical account that is not able to find an appropriate solution to the submitted lawsuits, taking into consideration how long the process takes.

KEY-WORDS: Access to justice - Instrumentality - Effectiveness - Syncretism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações sobre o acesso à justiça; 2.1. A primeira perspectiva: assistência judiciária para os pobres; 2.2. A segunda perspectiva: representação jurídica para os interesses coletivos e difusos; 2.3. A terceira perspectiva: o novo enfoque de acesso à justiça; 3. A crise de acesso à justiça no direito brasileiro; 3.1. A crise sob o prisma dogmático; 3.2. A crise sob o prisma hermenêutico; 3.3. A crise sob o prisma político; 4. A instrumentalidade processual; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo tem assistido a um generalizado sentimento de insatisfação social com a prestação jurisdicional, que não consegue solucionar a contento os litígios que lhe são submetidos; sobretudo, levando-se em consideração a duração do processo. Na maioria das vezes, o processo trilha por um caminho incerto e injusto, que atribui os seus ônus, tão-somente, aos detentores do direito material.

Nesse contexto, de verdadeira denegação de justiça, onde a efetividade da tutela jurisdicional não é uma realidade, questiona-se o verdadeiro sentido do direito fundamental de acesso à justiça, insculpido no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, mormente tendo em mira os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Perquire-se também sobre o auxílio que o sistema processual pátrio pode fornecer para solucionar essa crise, ancorado no seu aspecto teleológico. Levanta-se a hipótese de uma mudança de concepção do próprio processo, antenada nas expectativas sociais e na realidade do direito material, com o escopo de disponibilizar para os jurisdicionados uma ordem jurídica temporalmente adequada e efetivamente justa; a fim de concretizar, dessa maneira, o direito de acesso à justiça em nosso ordenamento.

O presente tema tem sido o alvo principal das reformas mais recentes do nosso ordenamento jurídico, especialmente as atinentes ao sistema processual civil, fruto de uma transformação importante no estudo e ensinamento das disciplinas envolvidas; com o fito de concretizar os preceitos constitucionais, especialmente o direito de acesso à justiça.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, torna-se indispensável tecer alguns comentários sobre o que vem a ser justiça. Segundo Kelsen, o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade, que só pode ser encontrada dentro da própria sociedade. Ou seja, justiça é a felicidade social, garantida por uma ordem social[1].

[1] KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência.* Tradução Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

Para a filosofia, justiça representa o valor ético máximo, segundo o qual toda ação humana deve se orientar conforme um certo bem comum ou sem contradição com ele. Já para a ciência jurídica, justiça corresponde ao princípio de constituição e funcionamento de sistemas legais e jurídicos, que determina o tratamento eqüitativo daqueles que estão submetidos a tais sistemas[2]. Nessa argúcia, o próprio preâmbulo da Constituição da República do Brasil de 1988 destaca a justiça como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito.

Reconhecidamente, Cappelletti foi o autor que mais se debruçou sobre a questão de acesso à justiça. A partir de sua emblemática obra "Acesso à Justiça", o tema ganhou relevo no estudo do direito. Os ensinamentos do mestre italiano gozaram de grande aceitação no mundo, mormente no Brasil, fazendo com que os legisladores pátrios buscassem novos caminhos, reformulando as estruturas judiciárias, inclusive no tocante às legislações processuais, com o objetivo de alcançar uma prestação jurisdicional justa.

Mas o que vem a ser acesso à justiça? O acesso à justiça é sabidamente de difícil definição, mas, consoante o pensamento de Cappelletti, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico. Primeiro, o acesso de todos, indiscriminadamente, ao sistema jurídico; segundo, que os resultados alcançados pelo sistema jurídico devem ser individual e socialmente justos. Essa concepção de acesso à justiça tem sido ovacionada por todos os povos desenvolvidos na atualidade[3].

No mundo civilizado, a questão de acesso à justiça trilhou por perspectivas distintas, idealizadas por Cappelletti. A primeira foi a assistência judiciária para os pobres. A segunda tratou das reformas processuais tendentes a proporcionar representação judiciária para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. Já a terceira perspectiva, a mais recente e importante para o nosso trabalho, denominada novo enfoque de acesso à justiça, defende uma concepção de acesso à justiça mais ampla, apta a proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva[4].

---

[2] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006, p. 109-110.

[3] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 08.

[4] Ibid., p. 31.

2.1 A PRIMEIRA PERSPECTIVA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PARA OS POBRES

A primeira "onda", denominada assim por Cappelletti, buscou assegurar o acesso das classes menos favorecidas ao Poder Judiciário, a fim de poderem solucionar os seus litígios. Foi a partir desse discernimento que surgiram os primeiros movimentos favoráveis à prestação jurisdicional gratuita aos hipossuficientes.

Percebeu-se que a justiça, objetivo maior do Estado Democrático de Direito, não poderia ser atingida sem que fosse assegurado aos mais necessitados o auxílio de um profissional do direito, capaz de zelar pelos seus interesses, de forma conveniente e oportuna, gratuitamente; bem como a isenção de quaisquer custas ou emolumentos judiciais. Essa linha de raciocínio ganhou força no ordenamento jurídico pátrio a partir da Lei nº 1.060/50, ainda em vigor, que prevê a assistência judiciária aos que se declaram pobres na forma da lei.

Ademais, reconheceu-se que, sobretudo no mundo contemporâneo, movido por questões complexas e indecifráveis aos olhos de um leigo, a figura do advogado torna-se cada vez mais imprescindível à administração da justiça, como bem preceitua o art. 133, da Constituição Federal de 1988. Foi a partir dessa concepção que a Defensoria Pública adquiriu o status de função essencial à justiça, o que ocasionou a sua implementação nos Estados da Federação, com fulcro no art. 134, e no inciso LXXIV, do art. 5º, da Lei Fundamental.

2.2 A SEGUNDA PERSPECTIVA: REPRESENTAÇÃO JURÍDICA PARA OS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

De acordo com a segunda perspectiva, o processo sofreu fortes reflexões em suas bases tradicionais a partir do momento em que se constatou que a sua concepção tradicional não permitia a proteção dos direitos difusos. A concepção tradicional, de cunho individualista, via o processo como um assunto entre apenas duas partes (Ticio versus Caio). Procurava-se solucionar a controvérsia existente levando-se em consideração apenas os seus próprios direitos[5].

[5] CAPPELLETTI, op. cit., p. 49-50.

Entretanto, o mundo contemporâneo proporcionou um crescimento dos litígios denominados de direito público, em virtude de sua vinculação a assuntos importantes de política pública, que envolvem grandes grupos de pessoas[6]. Essa onda permitiu uma mudança de postura, sobretudo no processo civil que, de uma visão individualista, fundiu-se numa concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses coletivos e difusos.

Diante dessa expectativa de representação jurídica de direitos coletivos e difusos, o próprio texto constitucional, em diversas passagens, prevê tal hipótese, destacando-se: - a representação de entidades associativas (art. 5º, XXI); - o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, "a" e "b"); - a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, através do Ministério Público (art. 129, III).

A legislação infraconstitucional também tratou da matéria, sobretudo através das Leis nº 7.347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, e 8.078/90, que trata da proteção ao consumidor, disciplinando ações coletivas que compreendem inclusive os direitos e interesses difusos, projetando no direito brasileiro a segunda onda de acesso à justiça.

2.3 A TERCEIRA PERSPECTIVA: O NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA

A terceira perspectiva é o novo enfoque de acesso à justiça, que defende uma concepção mais ampla de acesso à justiça, apta a proporcionar um acesso efetivo à ordem jurisdicional. Este é o foco principal das reformas mais recentes do nosso ordenamento jurídico, sobretudo no tocante ao direito processual civil.

Esse entendimento é fruto de uma transformação importante, correspondente a uma mudança no estudo e ensinamento do direito constitucional e, conseqüentemente, do direito processo civil[7]. Nesse sentido, como a correta compreensão de qualquer instituto jurídico exige que seja levada em consideração a sua evolução histórica, ou seja, a maneira pela qual surgiu, desenvolveu e tomou a sua forma atual,

[6] Ibid., p. 50.
[7] CAPPELLETTI, op. cit., p. 08.

faz-se necessário uma breve abordagem a respeito das transformações sofridas pela concepção de acesso à justiça ao longo dos últimos séculos[8].

Nos Estados Liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, impulsionados pela Teoria de Montesquieu[9] e pela Revolução Francesa, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante, na qual o acesso à proteção judicial refletia tão-somente o direito formal do indivíduo agravado propor ou contestar uma ação[10]. Nesse período, todos eram presumidamente iguais e a ordem constitucional se restringia a criar mecanismos de acesso à Justiça, apenas declarando direitos, sem maiores preocupações com o resultado que seria alcançado.

Os problemas sociais, típicos da sociedade em desenvolvimento, eram estranhos ao ordenamento jurídico, bem como ao direito constitucional e processual. O sistema jurídico formal vivia em uma redoma introspectiva, alheia aos fatos externos, à realidade social, muito mais preocupado em se proteger dos resquícios do regime absolutista que ainda assombrava a todos.

Todavia, já no século XX, o social assumiu papel de destaque na política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado; mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava como capitalista liberal ou neoliberal. As Constituições contemporâneas deixaram de se preocupar somente com a consagração de direitos e garantias individuais e com a divisão de poder (denominadas constituições sintéticas), e passaram a contemplar os denominados direitos econômicos e sociais, fazendo surgir um modelo constitucional mais amplo e detalhista, denominado analítico[11].

As constituições passaram a interagir com o mundo real, procurando refletir as expectativas sociais. Como bem esclarece Jorge Xifra Heras:

---

[8] DANTAS, Ivo. *O Valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

[9] "Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor". (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 166)

[10] CAPPELLETTI, op. cit., p. 09.

[11] DANTAS, op. cit., p. 10.

> "para captar el alcance jurídico-positivo de la Constituición es necesario comprender el derecho como una manifestación normativa de la vida social, de toda la vida social, orientado hacia la realización, nunca lograda del todo, de la justicia"[12].

Os relacionamentos assumiram abrangência mais coletiva do que individual. As sociedades passaram a deixar de utilizar a visão puramente individualista dos direitos, sendo indispensável uma atuação positiva do Estado colimando assegurar o gozo dos direitos sociais aos cidadãos, tanto no campo individual quanto no coletivo[13].

A mera declaração de direitos já não alcançava as expectativas sociais da sociedade contemporânea. Impôs-se, então, que o Estado fosse capaz de proteger efetivamente o direito de acesso à justiça, prestigiando as diferenças e as singularidades dos cidadãos, reconhecendo as disparidades econômicas, sociais e culturais, a fim de assegurar a promoção da justiça social no caso em concreto[14].

Nesse contexto, o acesso à justiça tem sido encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos[15].

Contudo, o grande paradoxo do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil reside na constatação de que, malgrado formalmente consagrado em nossa Constituição (art. 5º, inciso XXXV), em termos concretos, geralmente nada vale, eis que não é assegurado a todos os cidadãos de forma efetiva.

É preciso perceber que o poder público deve garantir a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, já que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato, sobretudo porque os direitos fundamentais ocupam posição hermenêutica elevada em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico.[16]

---

[12] In DANTAS, op. cit.,, p. 17.

[13] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação de obstáculos?* Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 40.

[14] FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 95.

[15] CAPPELLETTI, op. cit., p. 11-12.

[16] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

Nesse toar, Kazuo Watanab preceitua que o princípio de acesso à justiça, também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários. Muito pelo contrário, assegura, também, o acesso que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça[17].

Acrescentando, evidencia-se que a preocupação com a duração razoável do processo tem sido a tônica das reformas do processo civil, como bem esclarece o inciso I, Capítulo III, da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, o qual disciplina que: "[...] as duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça"[18]. A própria Emenda Constitucional nº 45/04, que consagrou constitucionalmente a garantia de um processo mais breve e o sistema de súmulas vinculantes, denota bem a preocupação do constituinte com a duração razoável do processo, em homenagem ao novo enfoque de acesso à justiça.

Portanto, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, mas o ponto central da moderna processualística[19]. Não deve ser visto como mero direito de acesso ao Poder Judiciário, mas sim como direito de acesso a uma ordem jurídica justa, temporalmente adequada, tendo em vista que só haverá pleno acesso à justiça quando for possível a todos alcançarem uma situação de justiça[20].

3. A CRISE DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

O processo, da forma como vem sendo conduzido, não satisfaz aos jurisdicionados, aos advogados, aos promotores, aos juízes, a ninguém. A morosidade, que infelizmente é uma realidade a ser

---

[17] WATANAB, Kazuo, apud PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 387.
[18] BRASIL. *Código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 163-164.
[19] CAPPELLETTI, op. cit., p. 13.
[20] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O acesso à Justiça no plano dos direitos humanos*. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. Acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 01-09.

superada, na maioria das vezes compromete a própria prestação jurisdicional e desestimula o exercício de acesso à justiça[21].

Todavia, já que o processo é a única via de acesso à tutela jurisdicional, e o juiz é o protagonista principal da jurisdição, deve-se ter em mente qual a correlação havida entre o número de processos e o número de juízes. Afinal de contas, para que seja possível uma prestação jurisdicional célere e justa, tendo em mira o amplo acesso à justiça, impõe-se, ao contrário do que acontece em nosso país, que seja proporcionada uma carga de trabalho adequada à capacidade laborativa dos magistrados.

Aduzindo, como se não bastasse o problema relacionado ao grande número de processos por número de magistrados, o processo brasileiro, estruturado em fases introspectivas, viabiliza inúmeros recursos, impugnações e instruções probatórias desnecessárias. Constata-se que os ônus do processo recaem, tão-somente, sobre os ombros do autor, mesmo quando detentor do direito material posto em juízo.

Também é verdade que as codificações e legislações esparsas vêm sofrendo modificações constantes, inclusive com propostas de reforma de todo o Poder Judiciário. A implantação de juizados especiais cíveis e criminais, de criação de um controle externo, de instituição de súmulas com efeitos vinculante, até mesmo de legalização de formas alternativas de solução de controvérsias, denotam bem essa nova realidade, que tem a pretensão de concretizar os preceitos constitucionais, em especial os atinentes ao acesso à justiça[22].

Contudo, a incapacidade do processo brasileiro de fornecer uma prestação jurisdicional efetiva à sociedade não deve ser analisada apenas sob a ótica operacional do Poder Judiciário, sob pena de se navegar na superficialidade do problema e não se alcançar qualquer resultado digno de nota. É preciso avançar um pouco mais, ir além da teoria geral do direito.

Para fins metodológicos, passa-se a abordar a crise de acesso à justiça no direito brasileiro, segundo a classificação sugerida por Ney Arruda Filho[23], por ele denominada crise de efetividade do processo brasileiro, a qual estabelece três prismas: - dogmático; - hermenêutico e; - político.

---

[21] ARAÚJO, op. cit., p. 52.

[22] ARRUDA FILHO, Ney. *A efetividade do processo como direito fundamental*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 75.

[23] Ibid., p. 77.

3.1 A CRISE SOB O PRISMA DOGMÁTICO

Conforme WARAT[24], a dogmática jurídica se identifica com a lógica jurídica, já que se preocupa em saber como fazer, desprezando o por que das coisas. E conclui:

> A dogmática jurídica é a atividade que tem pretensão de estudar, sem emitir juízos de valor, o direito positivo vigente. É a pretensão de elaborar uma teoria sistemática do direito positivo. A atitude científica do Direito estaria na aceitação inquestionada do direito positivo vigente.

O despreparo estrutural e funcional do nosso sistema jurídico, modelado para solucionar disputas interindividuais, entre Caio e Ticio, é um fator primordial para essa crise. O problema não se concentra apenas no Poder Judiciário, tendo em vista que essa dogmática, manipulada pelo positivismo normativista exacerbado, dissociada da realidade social e da consciência da falibilidade humana, atinge também o ensino jurídico. Com isso, impera-se nos cursos de direito uma mentalidade unicamente legalista, alheia à realidade socioeconômica. Os estudantes de hoje - juízes, promotores e advogados do amanhã - são condenados a uma formação burocrática, insensível às razões do conflito social e às expectativas do século XXI.

Deve-se negar essa essencialidade autônoma do direito, baseada no positivismo ortodoxo. O direito não pode ser apenas um conceito nominal, fechado, absoluto, decorrente de leis concebidas pelo legislador, supostamente onipotente. Nessa linha de raciocínio, Arthur Kaufmann[25], em momento de grande felicidade, arremata:

> O jurista que fecha os olhos perante a limitação, a incompletude do direito e a impossibilidade de nele se confiar, tal como ele nos é acessível, entrega-se cegamente a ele e abandona-se a todas as suas fatalidades. [...] O positivista vê apenas a lei, fecha-

[24] WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.* Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, p. 81.

[25] KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Tradução Marcos Keel. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002, p. 41.

> se perante qualquer momento supralegal do direito e, por isso, é impotente face a qualquer perversão do direito pelo poder político, tal como, aliás, experimentamos no nosso século até à náusea".

Nessa vertente, pronuncia-se Lenio Streck: "A dogmática jurídica passa a constituir-se em um obstáculo ao Estado Democrático de Direito, pois representa uma espécie de censura significativa"[26]. Atualmente, com o intuito de superar a aludida crise de acesso à justiça e, portanto, proporcionar uma prestação jurisdicional efetiva, a ciência processual tem se predisposto a aproximar a realidade social da dogmática jurídica[27].

Não se defende o abandono da dogmática, indispensável para o ordenamento jurídico. O que se busca é repensá-la, através de uma perspectiva contextualizada, criativa, consentânea com o direito fundamental de acesso à justiça, de prestação jurisdicional efetiva. Essa nova perspectiva requer um repensar hermenêutico, motivo pelo qual se passa a analisar a crise de acesso à justiça agora sob esse prisma[28].

3.2 A CRISE SOB O PRISMA HERMENÊUTICO

Torna-se importante analisar ideologicamente a crise de acesso à justiça, que vem a ser a crise de sentido comum teórico dos juristas, que atinge o direito como sistema. O conhecimento é passado aos juristas de modo confortável e acrítico do significado das palavras, das próprias atividades jurídicas, fazendo com que o exercício do operador do direito seja um mero habitus[29], dissociado de perquirições a respeito do seu sentido teleológico.

Essa bandeira interpretativa só poderá ser rechaçada quando for entendido que a verdadeira realização da constituição, sobretudo do direito fundamental de acesso à justiça, está condicionada à efetividade da tutela jurisdicional. As normas constitucionais devem ter suas finalidades alcançadas efetivamente, diante do atendimento de sua função social[30].

---

[26] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 71.
[27] ARRUDA FILHO, op. cit., p. 85.
[28] Ibid., p. 86.
[29] Ibid., p. 87-88.
[30] Ibid., p. 89-90.

Os juízes, geralmente, são pessoas extremamente preparadas, até porque foram admitidas por meio de aprovação em concurso público dos mais complexos realizados no país. Mas não se deve olvidar que o dia-a-dia, aliado à grande quantidade de processos que se acumulam, a diversidade de matérias e as constantes modificações legais, faz com que o magistrado se veja tentado a fazer uso de uma visão meramente positivista, muitas vezes rasteira do próprio direito, destoante das expectativas sociais. O acesso à justiça pressupõe um corpo de juízes aptos a captar a realidade social e suas transmutações, com mentalidade afeita à realização da justiça material[31].

O magistrado não pode ser refém dos preceitos dogmáticos, nem tampouco ignorar as perquirições advindas da filosofia do direito, sob pena de funcionar como um verdadeiro obstáculo ao aprimoramento do ordenamento jurídico, bem como ao amplo acesso à justiça. O juiz deve estar ciente das transformações da sociedade contemporânea e do seu papel nesse contexto. Nesse particular, vale ressaltar a importância das Escolas de Magistratura[32].

Uma das maiores dificuldades encontradas pela maioria dos operadores do direito diz respeito à compreensão da norma constitucional. A norma constitucional difere das demais pelo seu caráter hierárquico superior, bem como pela sua maior imprecisão e abertura. A norma fundamental não é uma norma estritamente técnica, mas, sobretudo, uma norma com raízes político-ideológicas acentuadas, o que torna o seu processo de interpretação e concretização ainda mais complexo[33].

O operador do direito, sobretudo o magistrado, para aplicar um texto legal de maneira adequada e efetiva, deve estar disposto a aceitar que o texto lhe diga algo, não devendo entregar-se desde o princípio à sorte de suas próprias opiniões. Na compreensão da norma constitucional, o jurista deve considerar os valores constitucionais e a finalidade da norma, a partir de seus princípios fundamentais[34].

De outra banda, o acesso à justiça deve ser visto sob o enfoque de garantia de um direito ligado à própria noção de cidadania, por ser um

[31] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 25.
[32] ARAÚJO, op. cit., p. 59.
[33] ARRUDA FILHO, op. cit., p. 90.
[34] Ibid., p. 91.

instrumento de realização do poder estatal, intimamente ligado aos anseios sociais[35].

Pelo prisma hermenêutico, constata-se que o senso comum dos juristas se instrumentaliza por uma racionalidade positivista, trilhada em uma instância de julgamento e censura, de modo a desprezar o arcabouço ideológico que há por trás de cada lei, de casa sentença. O intérprete, apesar de ser produto de uma formação individualista e formalista extremada, não pode fechar os olhos para a realidade social, onde de um lado parcelas significativas da sociedade estão carentes de realização de direitos e, de outro, a Constituição Federal declara inúmeros direitos fundamentais, dentre eles o de acesso amplo à justiça[36].

3.3 A CRISE SOB O PRISMA POLÍTICO

O Estado tem sofrido ataques de toda ordem, eis que seus mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação padecem de efetividade. Percebe-se, claramente, uma mudança de foco na função jurisdicional, que passou a ser instrumento de resolução de conflitos sociais, ampliando sua fronteira para além dos conflitos entre Ticio e Caio[37].

A crise de acesso à justiça, como a crise das instituições brasileiras, relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de justiça. O operador do direito deve ser capaz de enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, com arrimo nos movimentos da história e nos interesses concretos das classes sociais. O jurista não pode ser cativo das ideologias hegemônicas, sob pena de ser um verdadeiro soldado armado do poder e dos interesses dominantes. Deve-se ter sempre em mente que a compreensão literal do texto normativo nem sempre significa plena compreensão do direito[38].

Verifica-se que a crise se mostra também num escopo político e sociológico do Direito, do processo e da função jurisdicional, que

[35] ARAÚJO, op. cit., p. 42.
[36] ARRUDA FILHO, op. cit., p. 95-96.
[37] Ibid., p. 100.
[38] Ibid., p. 102.

necessitam ser revestidos e adequados à nova realidade constitucional. Há uma premente necessidade de disponibilização de mecanismos, adequados e efetivos, de satisfação dos direitos negados e solução das controvérsias ocorrentes[39].

Destarte, com o objetivo de alcançar uma prestação jurisdicional satisfatória, consentânea com o Estado Democrático de Direito, tem-se prestigiado os métodos alternativos de resolução de conflitos. Com eles, estimulam-se os jurisdicionados a buscarem a justiça fora dos tribunais públicos, através da arbitragem e da mediação, como forma de se obter decisões mais rápidas e eficazes, reservando a justiça pública para os casos mais relevantes, que tratam de direitos indisponíveis.

De igual forma, a conciliação tem obtido lugar de destaque nesse novo cenário, pois através dela o processo atinge o seu desiderato de forma mais rápida e satisfatória, inclusive no tocante às expectativas das partes, já que prescinde de julgamento de mérito e de cumprimento de sentença.

Sobre esse novo cenário, repleto de reformas de cunho processual que visam ampliar o acesso à justiça, retrata Ney Arruda Filho[40]:

> A reforma do processo civil, já iniciada, as leis dos juizados especiais, o projeto de reforma do Poder Judiciário e a própria lei de mediação e arbitragem, bem representam o resultado dessa crise do imaginário. É como "tratar febre com aspirina", sem pesquisar-se as causas da enfermidade; é atacar o sintoma sem olhar a causa, é mais uma demonstração eficiente de como "tapar o sol com a peneira".

E arremata o autor[41]:

> Há uma interação sistêmica entre todas essas crises, cujo resultado concreto tem sido a manutenção do ciclo vicioso da pobreza, a distribuição desigual

[39] ARRUDA FILHO, op. cit., p. 102.
[40] Ibid., p. 103.
[41] Ibid., p. 104.

> dos direitos adquiridos, a ampliação da concentração de renda, o agravamento das disparidades setoriais e regionais, a expansão desordenada das normas dispositivas, programáticas e de organização e a tendência ao esvaziamento das funções básicas do direito positivo. Eis aí a verdadeira dimensão dos atuais desafios do judiciário brasileiro: eles são resultantes de uma ampla e profunda crise estrutural da sociedade e do Estado - suas contradições internas o impedem de resolver seus dilemas por meio de ajustes em suas instituições governamentais.

Como bem ensina Bobbio[42], "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

A sociedade torna-se cada vez mais conflituosa em decorrência das desigualdades sociais existentes, o que impossibilita a existência de um amplo acesso à justiça.

Nesse liame, mesmo que implementadas todas as mudanças desejadas no âmbito do Poder Judiciário, sem uma equivalente e profunda mudança no sistema social e na estrutura política do Estado brasileiro, não será possível atingir-se resultados satisfatórios quanto ao acesso amplo à justiça, nem tampouco à efetividade da prestação jurisdicional[43].

4. A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Filiando-se ao novo enfoque de acesso à justiça preconizado por Cappelletti, a fase contemporânea do processo, denominada instrumentalidade processual, se contrapõe à fase autonomista, introspectiva do processo, a partir da concepção de que o direito processual deve se comprometer com o resultado prático da demanda, mormente sob a ótica do detentor do direito material. A indiferença

---

[42] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

[43] ARRUDA FILHO, op. cit., p. 109-110.

existente entre o plano material e o plano processual deixa de prevalecer[44].

Passou-se a reconhecer, ao demandante, o direito a uma proteção jurídica temporalmente adequada, sem dilações indevidas, pois, consoante pensamento de Canotilho[45]:

> "[...] a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça. Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada".

Essa nova sistemática processual, antenada com as expectativas sociais do mundo contemporâneo, fez com que o processo civil brasileiro deixasse a sua postura indiferente de lado, e passasse a se comprometer com o resultado da demanda. Vários conceitos insculpidos na época da autonomia entre o direito processual e o direito material foram revistos, relativizados, enquanto outros foram resgatados ou criados, tudo em homenagem ao novo enfoque de acesso à justiça.

Nesse período, repleto de transformações, o sincretismo jurídico retorna com muita força, tendo em vista que o processo se transforma em um instrumento essencial à tutela da ordem jurídica material, à convivência em sociedade e à realização das garantias constitucionais previstas[46].

Aduzindo, a fim de evidenciar a presença viva do sincretismo processual em nosso ordenamento jurídico, além de ressaltar a sua importância no tocante às tutelas, menciona-se também as mudanças trazidas pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que elimina a execução de título judicial. Em seu lugar, surge o instituto intitulado cumprimento de sentença, localizado dentro do próprio processo de conhecimento. Ou seja, em regra, a execução passa a ser uma fase do próprio processo de conhecimento, malferindo a autonomia do

---

[44] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 14.

[45] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 2003, p. 499.

[46] VIANA, op. cit., p. 15.

processo de execução, com a finalidade louvável de acelerar a resposta jurisdicional, através do rompimento de um ponto de estrangulamento do sistema processual.

Não se pretende o total desapego à técnica, nem a tudo que foi conquistado em prol da ciência processual. Todavia, objetiva-se uma mudança de enfoque, de campo de estudo. Não se admite que o estudo do processo atue somente na órbita da jurisdição, ação e processo. Hoje, torna-se necessário que a ciência processual também pesquise sobre os obstáculos havidos entre o cidadão e a entrega da prestação jurisdicional[47].

A instrumentalidade tem sido o núcleo central dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, através da tentativa de eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, dos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e da preocupação com a efetividade do processo[48].

Segundo Dinamarco[49], o precursor da instrumentalidade no direito pátrio, os conceitos inerentes à ciência processual já chegaram:

> [...] a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo.

O Judiciário, com sua formação individualista e formalista extremada, não pode ficar com os olhos fechados para a realidade social, onde de um lado parcelas significativas da sociedade estão carentes de realização de direitos e, de outro, a Constituição Federal declara inúmeros direitos fundamentais[50].

---

[47] Ibid., p. 14-15.
[48] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 25.
[49] DINAMARCO, op. cit., p. 22-23.
[50] ARRUDA FILHO, op. cit., p. 95.

Como bem diz Alvim[51]:

> [...] o problema do acesso à justiça não é uma questão de 'entrada', pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de 'saída', pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas 'portas de emergência', representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para sair com vida.

Deve-se vislumbrar o processo sob a ótica do Estado Democrático de Direito, atribuindo-se a ele o caráter de instrumentalidade de transformação social, colimando efetivar os preceitos fundamentais, sobretudo o de acesso à justiça. Nessa vertente, o novo enfoque do acesso à justiça exige uma reformatação operacional e ideológica de todo o sistema jurídico. É justamente nesse contexto de mudanças de fundo que a reforma do Código de Processo Civil tem atuado. Nunca se falou tanto em acesso à justiça, instrumentalidade, efetividade e sincretismo processual.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, arrimada nos preceitos do Estado Democrático de Direito, assegura a todos o acesso à justiça de forma ampla, objetivando proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva, justa e temporalmente adequada, sobretudo do ponto de vista social.

A mera declaração do direito de acesso à justiça já não mais alcança as expectativas sociais do mundo contemporâneo. Atualmente, exige-

[51] ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. [S.I.]: Jus Navigandi, 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>. Acesso em: 15 abr. 2006.

se do Estado a disponibilização de mecanismos capazes de assegurar a todos o acesso à justiça de forma efetiva.

Infere-se também que, sobretudo no Brasil, o problema de acesso à justiça não passa pela dificuldade de ingresso no sistema jurídico. Muito pelo contrário, aqui todos possuem condições de discutirem as suas contendas no Poder Judiciário. A problemática gira em torno da duração do processo, ou seja, do tempo que se leva para a entrega da prestação jurisdicional.

Diante disso, observa-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos também têm sido prestigiados, por meio da mediação e arbitragem, por proporcionarem uma justiça mais rápida e eficaz. A tendência é que a justiça pública seja reservada para as causas mais importantes, que tratem de direitos indisponíveis, o que representará, sem sombra de dúvidas, uma melhora considerável na entrega da prestação jurisdicional.

Nesse espeque, vislumbra-se que a conciliação também passou a despertar interesses dos legisladores e operadores do direito, vez que é capaz de solucionar a demanda de forma mais rápida e satisfatória, inclusive do ponto de vista das partes, já que prescinde de julgamento de mérito e de cumprimento de sentença.

Depreende-se também que a crise de acesso à justiça não se restringe à estrutura do Poder Judiciário. O problema vai muito além, passa por crises de natureza dogmática, hermenêutica e política, que só podem ser superadas através de uma mudança ideológica dos operadores do direito e do próprio sistema jurídico, tendo em mira o aspecto teleológico do processo e dos preceitos constitucionais, com o fito específico de ampliar o acesso à justiça.

Nesse liame, arrimada no novo enfoque de acesso à justiça, percebe-se que a instrumentalidade tem sido o núcleo central dos movimentos reformatórios do nosso sistema processual civil. Segundo os seus postulados, não se admite mais que o processo permaneça em uma redoma introspectiva, alheia aos fatos externos, à realidade social, característica da fase da autonomia do direito processual em relação ao direito material.

Hodiernamente, torna-se necessário um comprometimento do processo com o resultado prático da demanda. Impõe-se uma

reaproximação entre o direito material posto em juízo e o processo, muito bem simbolizada pelo resgate do sincretismo jurídico em nosso ordenamento, assim como uma aproximação entre a realidade social e a dogmática jurídica, tendo em mira o resultado prático e efetivo da demanda.

Por fim, depreende-se que o novo enfoque de acesso à justiça exige uma reformatação funcional, estrutural e ideológica de todo o sistema jurídico, destacando-se a relevância da instrumentalidade, da efetividade e do sincretismo processual para essa nova sistemática.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 1° ed. 3° reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. [S.I.]: Jus Navigandi, 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>. Acesso em: 15 abr. 2006.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos?* Curitiba: Juruá, 2002.

ARRUDA FILHO, Ney. *A efetividade do processo como direito fundamental*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Tradução e Adaptação Hildomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

DIDIER JR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. cap. 5, p. 95-112.
GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9° ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.
JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução Marcos Keel. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002.
KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2004
MORAIS, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Madrid: Dykinson, 2000.
VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.
WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II*: *a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Fernanda Cristina Souza Matos, técnica judiciária e secretária da Turma Recursal.

RESUMO: Durante longos anos, houve a preservação da idéia de intangibilidade da coisa julgada, sendo erigida com base no princípio da segurança jurídica. Todavia, a limitação desse instituto se torna oficiosa, tendo em vista a supremacia da Constituição, pois não há como se permitir a indiscutibilidade de decisão maculada por um vício com status constitucional; é a aclamação do princípio da constitucionalidade. Haja vista a apresentação de conflito aparente entre princípios constitucionais, necessária é a aplicação do princípio da proporcionalidade, utilizado como instrumento hábil para a escolha da forma mais vantajosa a solucionar aludido conflito existente no seio da Constituição. A flexibilização da coisa julgada, portanto, torna-se necessária na atual conjuntura jurídico-social, uma vez que tende amoldar a necessidade da segurança jurídica a tão aclamada justiça dos julgados.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada - Flexibilização e princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: During several years, it had the idea of preservation the judged thing, being erected on the basis of the principle of the legal security. However, the limitation of this institute becomes obliging, in view of the supremacy of the Constitution. Therefore it does not have as if to allow decision stained for a vice with constitutional status. It is the acclamation of the principle of the constitutionality. It has seen the presentation of constitutional apparent conflict between principles, necessary it is the application of the principle of the proportionality, used as skillful instrument for the choice form most advantageous to solve alluded existing conflict in the Constitution of the judged thing. Becomes necessary in the current legal-social conjuncture, a time that tends to decrease the necessity of legal security so acclaimed justice the judged.

KEY-WORDS: Judged thing - Flexibility - Proportion principle

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Relativização da Coisa Julgada Sob a Ótica do Princípio da Porporcionalidade; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O tema trazido à baila neste trabalho requer uma análise ampla e melhorada dos juristas brasileiros, uma vez que pouco se discute a respeito da constitucionalidade dos atos judiciais, bem como da possibilidade de se exercer controle de constitucionalidade de aludidos atos.

Percebe-se, ao longo dos anos, um forte controle de constitucionalidade dos atos legislativos e normativos, relegando ao esquecimento os do Poder Judiciário, os quais merecem atenção, posto que emanam de um dos Poderes da República Federativa do Brasil, portanto, passível de observância à Constituição.

Destarte, entende-se que a aludido controle é imposto limite pelo instituto da coisa julgada, uma vez que torna imutável a sentença judicial, ao encerrar a possibilidade de qualquer inovação jurídica em relação aos fatos que engloba, preservando, assim, a estabilidade das relações, a funcionalidade dos Tribunais e a paz social.

Propõe-se, portanto, uma discussão acerca da possibilidade de se declarar nula uma decisão judicial, eivada de inconstitucionalidade, visto que essa afronta diretamente a norma suprema do ordenamento jurídico pátrio.

2. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Código de Processo Civil, em seu artigo 467, conceitua o instituto da coisa julgada como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Definição essa anteriormente sinalizada pela Lei de Introdução do Código Civil, art. 6o, § 3º, ao delimitar o momento da sua existência, qual seja, decorrido o prazo recursal.

Destarte, há uma outra concepção desenvolvida, estreada por Liebman, que assevera que a coisa julgada não pode ser entendida como

um simples efeito autônomo da sentença, sendo sim, uma qualidade da mesma.

Fala-se em qualidade da sentença porque a imutabilidade e a indiscutibilidade são atributos de uma decisão judicial da qual não se pode mais interpor qualquer tipo de recurso pelo esgotamento natural das vias recursais ou ainda pelo decurso do lapso temporal imposto para tanto.

Recente entendimento, todavia, vem a confrontar esse que é o mais aceito e respeitado pela doutrina brasileira, ao asseverar que a coisa julgada se revela como uma situação jurídica. Argumenta-se, assim, que, ao transitar em julgado a sentença, há o surgimento de uma nova situação que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo daquela sentença, sendo a imutabilidade e a indiscutibilidade, verdadeiramente, a autoridade do caso julgado.

Baseado em referido entendimento, Alexandre Freitas Câmara (2002, p. 468) assim conceituou a coisa julgada:

> Podemos, assim, afirmar que a coisa julgada é a situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada substancial), quando tal provimento jurisdicional não está mais sujeito a qualquer recurso (grifo do autor).

É amplamente disseminado na doutrina e jurisprudência pátrias o caráter absoluto da coisa julgada, visto que as sentenças, com trânsito em julgado, foram reputadas como indiscutíveis e imutáveis. Tais imutabilidade e indiscutibilidade escoram-se no fundamento da necessidade de segurança do Direito.

Realmente inimaginável a existência de justiça numa sociedade em que há incerteza por parte dos operadores do Judiciário acerca do direito a ser aplicável ao caso concreto ou, ainda, a inaplicabilidade das leis existentes no ordenamento jurídico pelos citados operadores, uma vez que se chegaria a um total descrédito desta população num dos Poderes do Estado.

Partindo desse pressuposto, é que se decidiu reservar à coisa julgada a verdadeira expressão dos valores de segurança e certeza dantes

asseverados, posto ser indispensável a qualquer ordem jurídica, tratamento esse já reservado à preclusão.

Salutar se faz, portanto, transcrever um trecho do artigo de Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria (2002, p. 11):

> Quantas e quantas vezes não se repetiam as noções supra que bem sintetizam o fundamento de se conceber a coisa julgada como decisão judicial imutável: a necessidade de segurança e certeza do Direito.
> Tal se deve ao fato de que a incerteza jurídica provocada pelo litígio é um mal não apenas para as partes em conflito, mas para toda a sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as regras estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado.
> (...) Assim é que, "em nome da tutela da segurança jurídica, verifica-se que assume especial relevo a certeza do direito definido pelos tribunais e destinado, directa ou indirectamente, a regular litígios resultantes de situações concretas e individualizadas".

Destarte, o caráter absoluto dispensado à imutabilidade da coisa julgada não deve ser entendido como uma impossibilidade de qualquer tipo de alteração ou revogação da sentença eivada de vícios, posto que seus limites possuem contornos mais estreitos, quais sejam, as vias recursais. Por conseguinte, passa a se vislumbrar a possibilidade de, excepcionalmente, modificar, contrariar ou suprimir aludida decisão por vias diversas.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, dispõe que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Pode-se pensar que a preocupação do Poder Constituinte Originário, ao redigir a Constituição de 1988, gravitou somente no fato de preservar a coisa julgada dos efeitos de uma nova lei que contemplasse regra diferente da normatização da relação jurídica contenciosa, posta em

apreciação e já dirimida pelo Judiciário, a consagrar o princípio da irretroatividade da lei nova[1] .

Essa interpretação da norma contida no art. 5º, XXXVI, da CF fora exposta por José Amintas Noronha de Menezes Junior (2002, p. 36):

> Como exposto[2], observa-se que tanto pela interpretação gramatical quanto pela sistemática a norma constitucional não protege o instituto da coisa julgada, mas sim o objeto da coisa julgada. Em conseqüência, na ausência de qualquer outra norma constitucional que trate da coisa julgada, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada, tendo apenas vetado a incidência dos efeitos das leis posteriores aos casos anteriormente julgados. Portanto, tendo esta sido a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional, tudo o mais no instituto é matérias objeto de legislação ordinária.

Destarte, verifica-se que tal entendimento não pode ser encarado como o mais acertado, uma vez que a limitação trazida no art. 5º, XXXVI, da CF não pode se ater apenas ao ato do Poder Legislativo e, sim, deve ser abrangida para todos os demais poderes constituídos. Deve-se, portanto, conceber à coisa julgada o status de instituto constitucional.

---

[1] Ressalte-se, ainda, a situação da emenda constitucional que é inicialmente ato infraconstitucional e, somente com o ingresso no ordenamento jurídico pátrio após aprovação, é que se firma como norma constitucional. O alcance desse status só ocorrerá posteriormente a verificação da constitucionalidade de aludido ato, posto que deve o mesmo se compatibilizar com as normas contidas na Constituição. Tendo em vista tais assertivas, percebe-se que a emenda constitucional não pode violar a coisa julgada, haja vista aspecto constitucional desse instituto.

[2] Esta interpretação de Menezes Junior fora baseada na de José Augusto Delgado, o qual afirmara que a correta interpretação gramatical desse texto constitucional seria a de que a Constituição vedou alterações legislativas posteriores ao trânsito em julgado da sentença, preservando assim a imutabilidade do julgado; e a sistemática seria no sentido de elevar o princípio da não surpresa e da irretroatividade da lei.

Coaduna com esse último entendimento Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 35):

> (...) no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. (...) Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações - e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 ss.). Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional.

A impugnação de uma sentença trânsita em julgado, quando se configura qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil, é situação em que se justifica a relativização da coisa julgada. A previsibilidade no direito brasileiro da ação rescisória é fato evidenciador da importância dispensada à justiça dos julgados e aos valores maiores consagrados na ordem jurídica, sobrepujando-se, portanto, a segurança desse julgados.

Se o legislador ordinário previu a possibilidade de se desconstituir a sentença por causa, a título exemplificativo, de sua prolação por juiz impedido ou absolutamente incompetente, com mais razão seria sua declaração[3] de nulidade ou inexistência baseada em violação de preceito constitucional.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Sergipe ratifica esse pensamento de justiça já arengado pelos doutrinadores pátrios:

[3] Fala-se em declaração de nulidade ou existência, posto que as sentenças eivadas de vícios podem ser nulas ou inexistentes a depender do tipo de afronta ocorrida.

> (...) A questão seria tranqüila, caso a autora houvesse ajuizado uma rescisória, com fuste no art. 485, II, do CPC, a fim de desconstituir a sentença proferida por juiz incompetente. Todavia, assim não ocorreu. A União ultrapassou o prazo de dois anos estabelecidos na legislação processual e, somente após, ajuizou a presente declaratória a fim de anular a sentença.
>
> A primeira conclusão que vem em mente é de ser incabível a pretensão, diante da existência da coisa julgada com sua característica essencial da imutabilidade. Além disso, a anulação do decisum geraria uma insegurança quanto à prestação jurisdicional.
>
> Ocorre que, há um aspecto primordial para ser apreciado. Diz respeito à possibilidade de anulação de coisa julgada inconstitucional, ou seja, quando a decisão judicial for de encontro a algum valor estabelecido pela Constituição Federal. O tema foi muito bem analisado por Humberto Teodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco e o Ministro José Delgado, todos partindo do pressuposto de que o caráter imutável da coisa julgada não é absoluto, ou seja, se a decisão judicial não estiver em consonância com os princípios ou dispositivos constitucionais. Partem da premissa de que não somente a lei e o ato normativo podem ser inconstitucionais, mas também, a decisão judicial. (AD nº 02/2003, Relator Des. Roberto Eugênio da Fonseca Porto, DJ de 20/08/2003).

A razão para essa declaração de nulidade ou inexistência reside no fato de que a Constituição é a norma fundamental de um Estado na qual se busca a validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico,

haja vista a existência de hierarquia no sistema normativo.

Essa disposição escalonada das normas que regem uma sociedade estatal é justificadora da supremacia da Constituição, uma vez que há uma valoração normativa diferenciada.

Nas palavras de Pinto Ferreira (apud FERRARI, 1994, p. 12), "o princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político".

Para tanto, a fiscalização da observância e do cumprimento das normas e princípios constitucionais deve vigorar, posto que, em um sistema jurídico efetivo, não pode haver contradições internas capazes de ferir a justiça trazida no seio da Constituição.

Nagib Slaibi Filho (1997, p. 40) sintetizou a supremacia da Constituição em princípios que ora são enumerados:

> 1) *o princípio da unidade*, em que as normas inferiores devem se adequar às normas superiores contidas na Constituição;
> 2) *o princípio do controle da constitucionalidade*, isto é, de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas superiores;
> 3) *o princípio da razoabilidade*, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados (razoáveis), aos fins estabelecidos na Constituição;
> 4) *o princípio da rigidez para a reforma da Constituição*, que não pode ser feita pelo mesmo procedimento de elaboração da norma legislativa comum;
> 5) *distinção entre poder constituinte e poder constituído*, que é a distribuição da competência funcional a determinar quem pode criar os diversos níveis jurídicos;
> 6) *a gradação do ordenamento jurídico em diversos níveis*, desde a norma fundamental abstrata até o ato de execução pelo órgão público;

> 7) *a garantia do Estado de Direito*, pois os órgãos públicos se encontram limitados pelas determinações do poder constituinte (grifo do autor).

A existência dessa supremacia e a necessidade de se preservar a autoridade dos mandamentos constitucionais são justificadores da criação de um órgão capaz de exercer o controle de constitucionalidade. No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade adotado é, em regra, o jurisdicional, esse realizado por via de exceção ou por via de ação.

Ao se falar em supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade, imediata é a indagação acerca da natureza desse ato dotado de inconstitucionalidade, uma vez que tal conclusão se faz necessária para o deslinde da extensão desse vício.

Majoritariamente, entende-se que o ato dotado de inconstitucionalidade deve ser considerado como um ato nulo, uma vez que lhe falta validade face ser afrontoso à Constituição.

Por tais razões, é que a ação que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo possui caráter declaratório, reconhecendo, portanto, uma situação já existente, cujos efeitos retroagem à data da publicação desse ato, sendo estendidos a todos[4].

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil possui tais contornos; destarte, nos dias atuais, acolheu a possibilidade de suprimir ou atenuar citados efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao se deparar com situações excepcionais, consoante art. 27 da Lei no 9.868/99[5].

A jurisprudência pátria traz aludida inovação:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL.

[4] Afirmativa essa proferida sem olvidar dos efeitos obtidos com o reconhecimento de inconstitucionalidade através do controle difuso e concentrado.

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

> LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMEROS DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.
> (...)
> Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. (RE nº 197.917-8/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. DJ de 06.06.2002, p. 07.05.2004).

Conclui-se, portanto, que sendo nulos o ato normativo e a lei inconstitucionais, também nulos serão aqueles atos inconstitucionais emanados do Poder Judiciário, posto que ambos buscam sua validade e seu fundamento na lei suprema da ordenação jurídica, sendo evidente a supremacia da última.

Ademais, oficiosa é a verificação de que referido controle de constitucionalidade não fica adstrito às decisões judiciais sem trânsito em julgado, uma vez que esse controle alcança também àquelas revestidas com o manto da coisa julgada face a aplicação dos princípios da

[6] Ao se falar em princípio da constitucionalidade quer se reportar à máxima de que se deve sempre atentar ao disposto na Constituição e à sua supremacia, principalmente aos direitos fundamentais elencados na mesma. Ressalte-se, ainda, que tal entendimento não é acompanhado por Luís Roberto Barroso (2004, p. 170), uma vez que afirma não haver ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e o da segurança jurídica, haja vista ser o primeiro princípio fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, não vislumbrando qualquer ponderação entre os mesmos sem comprometimento da unidade do sistema.

razoabilidade e proporcionalidade.

A aplicação de aludido princípio dá-se porque, em havendo controle de decisão trânsita em julgado, apresentam-se em aparente confronto princípios constitucionalmente erigidos, quais sejam, o da segurança jurídica e o da constitucionalidade[6].

Fala-se em aparente conflito porque, diferentemente das regras, os princípios não entram em choque diretamente, haja vista sua maior abstração em relação àquelas, na medida em que não descrevem situações fáticas abalizadoras de incidência de qualquer situação jurídica específica, e sim, prescrevem valores.

Em ocorrendo esse estado de tensão conflitiva entre dois princípios, necessário se faz a busca de um terceiro princípio que possibilite alcançar uma solução que seja espelho da ideologia esperada num Estado Democrático de Direito; eis o princípio da proporcionalidade.

Citado princípio possui tal abrangência posto que é dele a competência de proteger os cidadãos dos excessos do Estado, salvaguardando os direitos e liberdades constitucionais.

Após essa explanação, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário alcança também os atos jurisdicionais, haja vista a evidente supremacia dos preceitos constitucionais. Entretanto, veementes discussões doutrinárias ainda persistem acerca da efetividade desse controle em transcorrido o prazo para impugnação de qualquer recurso, bem como a via eleita para tanto.

O próprio Código de Processo Civil, em seu art. 485, prevê a possibilidade de se rescindir decisão judicial nas hipóteses elencadas neste artigo, tais como, violação a literal disposição de lei e posterior obtenção de documento novo, sendo observado o prazo decadencial de dois anos contados a partir do trânsito em julgado da sentença ou acórdão.

Baseado na existência dessa previsão legal, muitos estudiosos do Direito asseveram que essa via é a adequada para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos emanados do Judiciário, após o trânsito em julgado da decisão. Filia-se a esta corrente Luiz Guilherme Marinoni, principalmente, ao comentar acerca da desnecessidade da alusão ao princípio da proporcionalidade, nos casos de investigação de paternidade, quando nova técnica (exame de DNA) traz à tona realidade fática não abarcada pela decisão trânsita em julgado:

> Como está claro, o problema da ação de investigação de paternidade tem relação com o fenômeno da evolução tecnológica. Isso demonstra que não se trata de balancear a coisa julgada material com o direito já levado ao juiz, mas sim de admitir que a parte diante de limitações técnicas da época em que o processo foi instaurado, não teve a oportunidade de demonstrar o seu direito.
>
> A impossibilidade de o legislador acompanhar a velocidade do progresso da tecnologia não pode levar à conclusão de que o juiz pode definir, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, os direitos que não se submetem à coisa julgada material. (2004, p. 9-10) (grifo do autor).

Ressalta, todavia, citado autor que o prazo de dois anos da ação rescisória não deve ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial, e sim, do conhecimento da parte a respeito da existência dessa nova técnica, havendo, dessa forma, uma adequação do conceito de documento novo.

Esse entendimento, como demonstrado, delimita prazo de dois anos para possível controle de ato judicial afrontoso à norma constitucional, o que, na ótica de muitos, não deve ser concebido, sob o argumento da supremacia constitucional. Nesse aspecto, há a defesa de que, a qualquer momento, a decisão inconstitucional acobertada com o manto da coisa julgada poderá ser declarada nula, sem que se contribua para a instabilidade das relações jurídicas e não debilite o princípio da segurança jurídica.

> Qualquer que seja o sistema processual contemporâneo e por maior que seja o prestígio que se pretende conferir à coisa julgada, impossível será recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo depois de esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária. À parte prejudicada pela nulidade

> absoluta, ipso iure, não poderá a Justiça negar o acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado.
> (...)
> É diante dessa inevitável realidade da nulidade ipso iure, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da res iudicata, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga querela nullitatis, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contemplados pelo Código de Processo Civil. (THEODORO JÚNIOR e FARIA, 2002, p. 35).

Tendo em vista a análise de divergentes entendimentos, verifica-se que a declaração de nulidade, face existência de decisão inconstitucional, deve ser antecedida de criterioso estudo a fim de que não resulte em mal maior àquele antes existente. Por conseguinte, deve-se atentar, inicialmente, para o prazo de dois anos estabelecido para a propositura da ação rescisória; destarte, em sendo ultrapassado referido prazo sem qualquer manifestação da parte interessada, a declaração de nulidade desse ato jurisdicional deverá ser tida como único meio hábil para a concretização da justiça, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ultrapassado aludido ponto, percebe-se que, após transcurso do prazo da ação rescisória, a forma para o alcance dessa declaração não é rigorosa, uma vez que não existe qualquer previsão legal que determine o procedimento a ser seguido[7], sendo, portanto, perfeitamente possível a interposição de ação declaratória de nulidade por meio de simples petição.

Esclarecido que a declaração de nulidade de ato eivado de inconstitucionalidade pode ser feita a qualquer momento, com as devidas

[7] Há, na realidade, previsão processual a afirmar que a decisão eivada de vício de constitucionalidade é nula de pleno direito, sendo a mesma um título inexigível, nos termos do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

ressalvas já proferidas, sendo tal inconstitucionalidade argüida por mera peça, resta, ainda, definir se aludida possibilidade não estimularia a eternização dos conflitos.

Percebe-se que forçosa é a aplicação do princípio da proporcionalidade ao definir qual dos princípios constitucionais, postos em aparente confronto, será elevado para se solucionar da forma mais equânime possível o caso concreto. Também esse princípio será aclamado para se definir a oportunidade e conveniência da abrangência dos efeitos desse reconhecimento de inconstitucionalidade da decisão judicial, podendo restringi-los a não conferir retroatividade, ou seja, os efeitos de citada decisão seriam apenas para o futuro (ex nunc).

Exemplo desse posicionamento já pode ser vislumbrado na legislação pátria com a previsão contida no art. 27 da Lei no 9.868/99[8]:

> Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A aplicação do princípio da proporcionalidade se justifica, como já se afirmara, pelo fato de que os princípios não possuem caráter absoluto, tornando-se necessário fazer uma ponderação entre os mesmos. Percebe-se, dessa forma, que tal atitude somente será tomada em situações excepcionalíssimas, posto que a coisa julgada, nas palavras de Barroso (2004, p. 173), "(...) é uma regra de concretização de um princípio (o da segurança jurídica)" que estabelece limites bem delineados.

O princípio da proporcionalidade, por conseguinte, deve ser entendido como direito positivo no ordenamento constitucional pátrio,

---

[8] A Exposição de Motivos do projeto que culminou na elaboração dessa lei assim consignou: "Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decidida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei constitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro" (BARROSO, 2004, p. 161).

sendo corolário da constitucionalidade e essencial ao Estado Democrático de Direito, na medida em que protege o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais pelos cidadãos.

3. CONCLUSÃO

A coisa julgada chega aos tempos modernos com a antiga adjetivação de intangível e intocável face a pseudo preservação da segurança dos julgados. O culto a uma segurança que pode, em certo momento, perpetuar injustiça e sofrimento sociais, esses que não coadunam com os ideais do Estado Democrático de Direito trazidos à Constituição atual pelo Poder Constituinte Originário.

A flexibilização de aludido instituto é a resposta aos anseios e clamores de uma sociedade que busca no Judiciário a verdadeira segurança, a qual não deve ser dissociada dos critérios de justiça e verdade.

Portanto, não se pode mais atribuir à coisa julgada o caráter de imutabilidade, uma vez que o ato jurisdicional é produto laborativo de um ser humano passível de erros e, conseqüentemente, à mercê de posterior acerto sempre com o fito de alcançar a justiça de braços dados com a pacificação social, sem, com isso, colaborar para a insegurança jurídica.

4. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CÂMARA. Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, vol. 1.
CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, vol. 1.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
DINAMARCO. Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível na internet via http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf. Arquivo capturado em 16 de setembro de 2004.
FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das Leis Municipais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 1.
GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
LEITE, Martha Franco. *Do desprezo gradativo do positivismo ao renascimento principiológico do direito: reflexos sobre a coisa julgada*. Aracaju, SE, 2004. 68f. (Trabalho de conclusão de curso). Faculdade de Direito, UNIT.
MENESES JÚNIOR, José Amintas Noronha de. *A coisa julgada inconstitucional*. São Cristóvão, SE, 2002. 65f. (Trabalho de conclusão de curso de especialização em direito processual constitucional). UFS.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. Disponível na Internet via http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716. Arquivo capturado em 10 de outubro de 2004.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
ROSA, Alexandre. *Código de processo civil anotado, segundo a jurisprudência do tribunal de Santa Catarina*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível na internet via http://www.stf.gov.br/jurisprudencia. Arquivo capturado em 10 de agosto de 2004.
TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 1.
THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os seus instrumentos processuais para seu controle*. Revista da Advocacia-Geral da União, Brasília v. 9, p. 2, abril de 2002.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Disponível na internet via http://www.tj.se.gov.br/jurisprudencia. Arquivo capturado em 10 de junho de 2004.
WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; MEDINA. José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A NEUTRALIDADE NO DIREITO DE GUERRA

Leila Poconé Dantas, acadêmica de Direito da Universidade Federal de Sergipe, técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente estudo tem como escopo apresentar as características principais da neutralidade no Direito de Guerra (*ius in bello*), suas conseqüências e antecedentes históricos relevantes. Não há em nenhum momento a intenção de esgotar o tema, nem tampouco criar conceitos. Pretende desenvolvê-lo de forma direta, a fim de visualizar os principais reflexos da neutralidade no estado de guerra, ressaltando-se sua importância na conjuntura atual.

PALAVRAS-CHAVE: Neutralidade - Guerra - Direito Internacional Público.

ABSTRACT: The present study has as target to present the main characteristics of the neutrality in the Law of War (*ius in bello*), its consequences and important historical antecedents. It does not have any moment the intention to deplete the subject, neither to create concepts. It intends to develop it of direct form, in order to visualize the main consequences of the neutrality in the war state, emphasizing its importance in present conjuncture.

KEY-WORDS: Neutrality - War - Public International Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos Históricos; 3. Neutralidade; 3.1. Neutralidade Suíça; 4. Considerações Finais; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Para falar sobre a neutralidade faz-se necessária uma sucinta digressão a respeito do direito de guerra. No direito internacional há duas correntes diversas para conceituar a guerra, vejamos a seguir: a) subjetivista (Strupp) só há guerra com o *"animus belligerandi",* que sozinho

cria a guerra; b) a objetivista (Despagnet) a prática de atos de guerra cria o estado de guerra, independente da intenção. A maioria dos autores (Rousseau, Accioly) tem adotado uma corrente mista, admitindo apenas a existência da guerra cumulando os elementos objetivo e subjetivo.

Assim, Guerra é um conflito entre duas ou mais forças armadas para impor interesses nacionais de um Estado. No entanto, surge uma questão: direito do estado de guerra (*ius in bello*) é uma contradição, pois se a guerra é um ilícito penal, indo além, um crime internacional, não parece, à primeira vista, razoável o Direito regular um ilícito. Tal impressão esvazia-se ao perceber que não há como permanecer omisso diante de uma agressão por ser decorrente de um ato ilícito. Dessa forma, o direito de guerra não a legitima, mas minimiza seus efeitos devastadores. Hegel diz que todos os beligerantes têm direito ao que desejam, essa contradição exige o direito que surge da guerra.

A institucionalização da sociedade e a intensificação das relações internacionais fizeram surgir a necessidade da resolução dos conflitos pacificamente, passando a ser eminentemente um direito de paz. A existência do estado de guerra é comunicada a outro ou outros Estados através da declaração de guerra. Esta declaração, que qualifica o autor como agressor e marca o início da guerra, caiu em desuso nos últimos tempos. É relíquia histórica, a última foi da URSS contra o Japão em 1945.

Um Estado ao declarar a neutralidade, abstenção em guerra que se realiza entre outros, tem direito de integridade territorial, inviolabilidade, além de deveres de abstenção e proibição de uso do território.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

A neutralidade existe desde a Antiguidade. Na Grécia, inicialmente, a neutralização era para alguns templos e santuários, estendendo-se a seus sacerdotes. A simples abstenção também caracterizava a neutralidade. A política imperialista de Roma tornou inócua a neutralidade.

O instituto da neutralidade foi decorrência das necessidades do comércio marítimo, através do Consulado do Mar. O "*fridland*" (terra da paz), instituído pela Noruega criou a neutralidade terrestre como local de asilo. No século XVII, com a soberania dos Estados, os terceiros podiam decidir livremente sobre sua participação na guerra.

Em 1625, Grócio, na sua obra "*Ius Belli ac Pacis*", apresentou o direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e o direito do estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes. Para ele a neutralidade (*pacati*) consiste em não ajudar aquele que possua uma causa injusta. Bynkersoek em "*Quaestionum Juris Publici*", 1737, percebe a neutralidade (*non hostes*) como imparcialidade dos neutros. Wolff, em 1749, na sua obra "*Jus Gentium methodo scientifica petractatum*" foi o primeiro a usar os termos neutralidade e neutro.

No final da Guerra de Secessão norte-americana surgiu na arbitragem internacional o caso Alabama. O tratado entre EUA e Inglaterra para submeter este caso à arbitragem estabeleceu três regras para guiar os árbitros, que passaram a ser conhecidas como "regras de Washington":

> a) o governo neutro é obrigado a usar de toda a vigilância para impedir, nas águas sob sua jurisdição, o equipamento e o armamento de qualquer navio que possa ser suspeitado de se destinar a operar contra uma potência com a qual o dito governo esteja em paz...;
>
> b) "o governo neutro é obrigado a não permitir aos beligerantes que se entregam a atos de hostilidade dentro de suas águas jurisdicionais, ou delas se sirvam para o fim de renovar ou aumentar seus suprimentos militares ou de armas, ou de recrutar homens";
>
> c) um governo neutro é obrigado a exercer a vigilância necessária em seus portos e águas e sobre todas as pessoas dentro da sua jurisdição para impedir a violação das obrigações indicadas.

No Brasil a primeira declaração formal de neutralidade foi em 1854 na guerra entre França e Inglaterra de um lado e Rússia do outro. Em 29/04/1898 o Brasil promulgou normas detalhadas de neutralidade, quando da guerra Hispano-americana, em uma circular do Ministério das Relações Exteriores aos Presidentes e Governadores dos Estados e Ministérios.

Na Primeira Guerra Mundial, o Brasil traçou as regras de neutralidade utilizadas pelo nosso diploma legal, quais sejam, os Decretos n°s 11.037,

11.093, 11.141 e 11.209-A, todos de 1914. Não foi diferente na Segunda Guerra Mundial, nesta foram promulgados os Decretos-Lei 1.561/1939, 2.36/1940, 2.947, 2.985 e 2986 de 1941. Na Constituição de 1988 apresenta o direito de guerra e a neutralidade como competência exclusiva do presidente da República, no artigo 84, XIX (*ius in bello*):

> "Declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas e, nas mesmas condições, decretar total ou parcialmente, a mobilização nacional."

3. NEUTRALIDADE

Neutralidade: "é uma opção do Estado soberano ante o fenômeno da guerra: entendendo de não perfilar entre os beligerantes, ele se qualifica automaticamente como **neutro**, e esse estatuto lhe importa direitos e deveres" (J. F. Rezek).

A neutralidade tem como características o seguinte:

a) é um ato discricionário do Estado;

b) cria direitos e deveres na ordem internacional.

O Estado neutro deve se abster de auxiliar qualquer uma das partes em luta, seja de forma direta ou indireta. Este dever se originou no século XVIII, sendo defendida por Bynkershock e Vattel, e foi definitivamente consagrado no século XIX.

O Estado neutro deve ser imparcial, isto é, deve dar aos beligerantes um tratamento igual. A simples simpatia por um deles em luta não é violação da neutralidade. É a neutralidade benevolente. Não-beligerância: o neutro auxilia uma das partes envolvidas no conflito. "O Estado não-beligerante pretende conservar os direitos dos neutros sem, no entanto, observar o princípio da imparcialidade. Esta contradição faz da não-beligerância uma iniciativa de caráter político e a transforma, na realidade, em uma *pré-beligerância*" (Ricardo Seitenfus & Deisy Ventura). Para Accioly o conceito de não beligerância se confunde com a neutralidade imperfeita.

A doutrina classifica a neutralidade da seguinte forma:

· Simples: ao iniciar uma guerra, o Estado deixa de tomar parte em suas hostilidades (para tornar expressa a sua neutralidade, o Estado poderá fazer uma Proclamação, dizendo quais serão as suas relações com os beligerantes; na falta desta, os princípios gerais da neutralidade seguem o curso normal).

· Qualificada: obriga-se a uma imparcialidade igual em relação aos beligerantes, mas pelo contrário deveria distinguir o agressor da vítima. Foi introduzida no *Pacto da SDN*, no *Pacto Briand –Kellogg* e no tratado antibélico do Rio de Janeiro.

· Convencional: o Estado preestabelece em tratados as suas condições de neutro face certas circunstâncias. Esta pode ser:

  d. Permanente: o Estado compromete-se a jamais declarar guerra a outro Estado.
  e. Temporária: o tratado prevê a neutralidade do Estado, para determinada(s) guerra(s).
  f. Geral: é a neutralidade que abrange todo o território do Estado.
  g. Parcial: abrange apenas parte do território do Estado.

· Perfeita: são observadas as normas de neutralidade.

· Imperfeita: o neutro dá assistência direta ou indireta a umas das partes em luta "em virtude de compromissos assumidos anteriormente à guerra e em que esta tenha sido diretamente visada". Foi comum no século XVIII e ainda se manifestou no início do século XX.

· De fato: Estados que fazem declarações de guerra, mas não participam das hostilidades.

· De direito: não é feita a declaração de guerra, nem participam das hostilidades.

A neutralidade de um país abrange o território terrestre, marítimo e aéreo, regulada na *Convenção de Haia* de 1907. Devido às dificuldades de controle, durante a 2ª Guerra Mundial foi invadido por várias vezes o espaço aéreo dos países neutros. A guerra marítima também possui essa dificuldade, principalmente no que diz respeito aos submarinos por ser de difícil identificação, possível apenas por aparelhos de sonar ou similares. A costa brasileira durante a 2ª Guerra Mundial foi alvo de diversos ataques de submarinos alemães.

Os nacionais de Estados neutros deverão subordinar-se às medidas de segurança do Estado beligerante em que se encontram. Entretanto, não podem ser convocados para o serviço militar do Estado beligerante e não podem comerciar com os nacionais de outro Estado beligerante.

Sempre no tocante às vítimas dos conflitos, e à assistência que se deve prestar-lhes, está o princípio fundamental sobre o qual descansa a ação humanitária da Cruz Vermelha, a neutralidade da assistência aos feridos, assistência que nunca deve ser considerada como uma ingerência no conflito. Este princípio coloca o pessoal sanitário "acima" dos combates; mas, em contrapartida dessa imunidade, ele tem a obrigação de se abster de qualquer ato de hostilidade, motivo pelo qual só pode portar armas de defesa pessoal, conforme prevê a *Convenção de Genebra* (1864):

> Artigo 1º - As ambulâncias e os hospitais militares serão reconhecidos como neutros e como tal protegidos e respeitados pelos beligerantes, durante todo tempo em que neles houver doentes e feridos. A neutralidade cessará, se essas ambulâncias ou hospitais forem guardados por uma força militar.
> Artigo 2º - O pessoal dos hospitais e das ambulâncias, nele incluídos a intendência, os serviços de saúde, de administração, de transporte de feridos, assim como os capelães, participarão do benefício da neutralidade, enquanto estiverem em atividade e subsistirem feridos a recolher ou a recorrer.
> (...)
> Artigo 7º - Uma bandeira distinta e uniforme será adotada pelos hospitais e ambulâncias, bem como durante as retiradas. Ela deverá ser, em qualquer circunstância, acompanhada da bandeira nacional. Uma braçadeira será igualmente admitida para o pessoal neutro; mas a sua distribuição ficará a cargo da autoridade militar.
> A bandeira e a braçadeira terão uma cruz vermelha sobre fundo branco.

O repatriamento deverá aplicar-se aos casos de pessoas com graves doenças ou ferimentos, mas apenas algumas destas poderão ser

hospitalizadas em país neutro. Caso o repatriamento seja obrigatório, a hospitalização em país neutro é facultativa.

Para diminuir os efeitos negativos desta ruptura das relações diplomáticas, o direito internacional consuetudinário já conhecia o instituto da "Potência Protetora", que é a de um país neutro no que se refere ao conflito, ao qual uma das partes encarrega de proteger os seus interesses no território da outra. Ultimamente, esta instituição foi referendada na *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas* de 1961.

Os tratados multilaterais envolvendo beligerantes e neutros têm os seus efeitos suspensos entre os beligerantes e continuam a ser aplicados aos neutros. Terminada a guerra, eles voltam a produzir efeitos.

Os conflitos internacionais são de difícil solução, inclusive no que se refere ao Direito Internacional Penal. Assim, as infrações de países neutros às regras de neutralidade fazem o Estado beligerante aplicar represálias ao infrator como considerar o território neutro como território beligerante, ou ainda aplicar certos direitos como o apresamento de contrabando de guerra. Os Estados beligerantes têm se recusado a se submeter a um tribunal internacional, dessa forma sua sanção é praticamente moral. Estaria obrigado a ressarcir os danos causados ao país neutro apenas se houver um tratado para tal fim.

3.1 NEUTRALIDADE SUÍÇA

Ao falarmos em neutralidade faz-se imperioso lembrar da Suíça. A questão da famosa "neutralidade Suíça" nasceu em função das guerras religiosas na França e na Alemanha (Guerra dos Trinta Anos, de 1618 a 1648). As partes em choque solicitaram várias vezes a intervenção dos suíços. Porém, a diferença religiosa entre os Cantões também era muito grande. Desta forma deixaram de tomar partido para qualquer dos lados, daí se omitiram alegando neutralidade.

Com o Congresso de Viena, a princípios do século XIX, proclama-se a neutralidade perpétua dos suíços. Durante o século XX a Confederação se manteve neutra em todos os conflitos bélicos. O que chama a atenção é a neutralidade dos suíços nas duas grandes guerras mundiais, apesar de sua posição geográfica entre as potências beligerantes – Alemanha, França e Itália.

Segundo Jean Ziegler, sociólogo, escritor e político suíço, em seu livro reportagem *A Suíça, o ouro e os mortos, como os banqueiros suíços ajudaram a financiar a máquina de guerra nazista*, os banqueiros suíços eram dedicados receptores de Hitler. Como denunciou a revista alemã *Der Spiegel*, em troca do ouro judeu, o Banco Nacional Suíço e o Banco de Pagamentos Internacionais chegaram a financiar as agressões nazistas. Defendem que a neutralidade suíça era apenas um pretexto para enriquecimento de seus bancos.

O embaixador suíço no Brasil, Rudolf Baerfuss, afirma que a neutralidade internacional do país foi rompida em 10 de setembro de 2002, quando um referendo popular decidiu que a Suíça deveria fazer parte do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se pode depreender a neutralidade é uma situação de omissão dos países em um estado de guerra, e em certos casos, comissão para manter sua neutralidade. Essa posição acarreta a não submissão aos efeitos devastadores da guerra. Essa falta de partido faz nascer críticas contra os países neutros, que estariam se aproveitando dos países beligerantes.

Na conjuntura mundial, em que se busca a aproximação entre os povos, é difícil um país declarar guerra a outro, esta ocorre implicitamente, sem declaração. Esse fator faz com que não haja também a declaração de neutralidade, mas seus reflexos são visíveis nas relações econômicas dos países.

Pode concluir que a neutralidade tem o seu fundamento na soberania do Estado. Entretanto, com as restrições que são impostas cada vez em maior número à soberania estatal, a neutralidade deverá desaparecer no futuro em nome da solidariedade internacional, como já existem indícios, inclusive neste último grande conflito entre EUA e Iraque.

5. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOSANO, Mario G. (Org.). *Direito internacional e estado soberano*. 1. ed. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
MELLO, Celso D. De Albuquerque, *Curso de direito internacional*, 11ª Edição Revista e Aumentada, 2º Volume, Editora RENOVAR.
REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: Curso Elementar**.** São Paulo: Saraiva, 2002.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3.ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM ADIN GENÉRICA

Daniel Aguiar de Figueiredo Neto, assessor de juiz da 2ª Vara Pivativa de Nossa Senhora do Socorro, pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Castelo Branco-IESDE.

RESUMO: É induvidosa a importância do instituto do controle judicial de constitucionalidade para a manutenção da estrutura jurídica fundada numa Constituição rígida. O controle concentrado de constitucionalidade só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça, através da provocação mediante a propositura de ações especiais e diretas que veiculam as controvérsias constitucionais com o próprio objeto principal da demanda. Não existe nenhum litígio travado entre partes definidas em um caso concreto, mas apenas a defesa dos preceitos constitucionais, através da observância da compatibilidade entre um ato normativo e a Constituição Federal. Influenciado pelo sistema norte-americano, precursor da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, o Judiciário brasileiro atribui efeitos retroativos às decisões que declaram a inconstitucionalidade da lei impugnada no controle concentrado. No entanto, com o avento da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal passou a ter autorização legal para manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que preenchidos os requisitos formais e materiais previstos no artigo 27 da Lei 9.868/99, estabelecendo assim, que os efeitos da decisão passem a ter eficácia *ex nunc*, ou a partir de outro momento a ser fixado pelo STF. Contudo, não é pacífico o entendimento na doutrina pátria quanto à validade, total ou parcial, do referido artigo da Lei 9.868/99, fato evidenciado pela existência de ações diretas de inconstitucionalidade impugnando o referido dispositivo, e que ainda não tiveram o julgamento do mérito definitivamente resolvido.

PALAVRAS-CHAVE: Adin; genérica; efeitos.

ABSTRACT: It is unsuspicious the importance of the institute of the judicial control of constitutionality for the maintenance of the juridical

structure founded in a stringent Constitution. The concentrated control of constitutionality can only be exercised by the Supreme Federal Tribunal or for the Tribunals of Justice, through the provocation by means of the purpose of special and direct actions that transmit the constitutional controversies with the own main object of the demand. Any litigation joined among parts defined in a concrete case doesn't exist, but just the defense of the constitutional precepts, through the observance of the compatibility between a normative act and the Federal Constitution. Influenced by the North American system, precursor of the theory of the nullity of the unconstitutional acts, the Judiciary Brazilian attributes retroactive effects to the decisions that declare the unconstitutionality of the law refuted in the concentrated control. However, with I fan it of the Law 9.868/99, the Supreme Federal Tribunal started to have legal authorization to manipulate the effects of the unconstitutionality declaration, since filled the formal and material requirements foreseen in the article 27 of the law 9.868/99, establishing like this, that the effects of the decision start to have effectiveness of the *ex nunc*, or starting from other moment to be fastened by STF. However, it is not peaceful the understanding in the doctrine homeland with relationship to the validity, total or partial, of the referred article of the Law 9.868/99, fact evidenced by the existence of direct actions of unconstitutionality refuting him referred device, and that didn't still have definitively the judgment of the merit resolved.

KEY-WORDS: Adin; generic; effects

1. INTRODUÇÃO

Em face da atual conjuntura jurídica pátria, que passa por reformas a nível constitucional e, por conseguinte, autorizando o surgimento de uma verdadeira avalanche de Leis Ordinárias, a instabilidade jurídica tem se formado no panorama nacional. E, em decorrência desta situação, o instituto do Controle de Constitucionalidade ganha grande importância como forma de proteção de nossa Carta Magna, contra possíveis violações que, infelizmente, são passíveis de acontecer.

Controlar a constitucionalidade consiste em verificar a adequação, ou seja, a compatibilidade de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

O ordenamento jurídico pátrio, na seara do controle de constitucionalidade, seguiu a tese defendida pelo sistema norte-americano, segundo o qual a norma contrária ao texto constitucional é tida como sendo absolutamente nula, sendo que a decisão que decreta a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, reconhece uma nulidade preexistente, já que esta ocorre desde o momento da elaboração da norma. Sendo assim, a eficácia da decisão declaratória opera retroativamente, já que uma lei nula *ab initio*, não pode gerar qualquer efeito.

O controle de constitucionalidade concentrado produz efeitos vinculantes e *erga omnes,* porque o controle se realiza *in abstrato,* discutindo-se a lei em tese. A sentença da Suprema Corte é declaratória, e, ao julgar inconstitucional a norma inquinada de vício, gera eficácia para todos, exatamente porque o controle não se realiza em face de um caso concreto, mas na defesa da própria ordem jurídica. A declaração de inconstitucionalidade tem o efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, pois, mesmo em sede de ação direta de inconstitucionalidade o que se tem assentado é que a lei inconstitucional é uma lei nula.

Na Assembléia Constituinte da atual Carta Política a proposta de introdução de um dispositivo que autorizasse o Supremo Tribunal Federal a restringir a eficácia retroativa de suas decisões no controle concentrado de constitucionalidade foi vencida. Nova tentativa de introduzir o referido dispositivo no texto constitucional se deu no processo de revisão da Constituição em 1994, promovido pelo deputado Nelson Jobim, só que mais uma vez a iniciativa não foi aceita.

A Constituição Federal de 1988, não trouxe em seu texto nenhum dispositivo que autorizasse o Poder Judiciário a restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Fato este, que pode ter motivado o Supremo Tribunal Federal a se manter fiel, por um longo período, ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais, evidenciado em reiteradas decisões.

Contudo, esse efeito consistente na nulidade retroativa sofreu alguns temperamentos da própria jurisprudência do STF, por razões de segurança jurídica. Atualmente, a Lei 9.868/99, pelo seu artigo 27, permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões

de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de dois terços de seus membros, forjar os efeitos das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como a aceitação da teoria da nulidade sempre foi decorrente de posicionamento jurisprudencial, influenciado pelo sistema norte-americano, a previsão do legislador infraconstitucional de flexibilização dos efeitos da Adin aparenta não contrariar algum preceito constitucional.

Nesse diapasão, algumas ponderações foram feitas pela doutrina para legitimar a aplicação do diploma legal que veio regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, a Lei 9.8968/99, objeto do presente trabalho.

2. PROCESSO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional, ou seja, os mecanismos pelos quais se efetivam o controle de constitucionalidade, não surgiu de um ato inspirado de um só homem, mas sim como fruto de um processo de maturação através de séculos de história, "pois só uma apreciação das instituições jurídicas em relação com uma teoria da história nos poderia dar as chaves de um conhecimento real". (MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 55).

Os entes dotados de capacidade legislativa têm os limites de sua competência delineados no texto constitucional. Em decorrência disto, não podem os órgãos legiferantes introduzirem no ordenamento jurídico leis contrárias às disposições constitucionais, sob pena de nulidade.

Logo, evidencia-se a imprescindível necessidade da existência de mecanismos aptos a expurgarem do sistema normativo os atos eivados de inconstitucionalidade, objetivando assegurar um harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e, principalmente, resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos enumerados na lei fundamental.

As diversas formas de controle de constitucionalidade, com predominância do controle judicial, ou seja, aquele realizado pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, sofreram uma grande expansão nos ordenamentos jurídicos modernos, o que reforça a idéia de flexibilidade e capacidade de adaptação deste instituto aos mais diversos sistemas de organização política.

2.1 ORIGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os primeiros vestígios de uma forma de controle das leis pela utilização de um instrumento jurídico, semelhante ao controle de constitucionalidade, remonta à Antiguidade Clássica, onde os cidadãos gregos se tornavam responsáveis pela defesa das leis e da Constituição, através do *graphé paranomóm,* instituto pelo qual se tornava possível a denúncia de lei ou ato inconstitucional, ou contrário ao interesse público.

> O *graphé paranomóm* possibilitava a qualquer cidadão o exercício do direito de acionar o autor de uma moção ilegal e mesmo o presidente que não a submeteu aos sufrágios. O acusador devia deduzir sua posição por escrito, indicando a lei que entendera haver sido violada. Ele podia anunciar sua intenção num juramento, na Assembléia do povo, antes ou depois da votação das disposições que ele julgasse ilegais. Essa declaração oficial tinha por efeitos suspender a validade da moção ou decreto até o julgamento por um tribunal de, no mínimo, mil jurados. Toda moção podia ser atacada por vício de forma. Seria suficiente que ela não tivesse observado, ponto por ponto, as severas regras do procedimento. Ainda mais grave era a ilegalidade material. O autor da moção, caso fosse ela julgada contrária às leis ou à constituição, bem como todos os que tivessem aderido à sua cotação favorável, ficavam sujeitos a graves sanções. Três condenações por ilegalidade acarretavam a perda

> do direito de fazer proposições à Assembléia. Para o autor da moção ilegal, a prescrição ocorria no decurso de um ano; mas para a moção, ela própria, não havia qualquer prescrição; ela, sempre, poderia ser anulada por uma sentença do tribunal (POLETTI, 1998, p. 11).

A civilização grega, através do instrumento do *graphé paranomóm,* conseguiu impedir o abuso do direito de iniciativa das leis pelos cidadãos, pois qualquer orador sabia que, durante um ano, ele poderia ser chamado à responsabilidade pela proposição, evitando assim que se prevalecesse as paixões e caprichos do orador, em detrimento das tradições e dos interesses da Polis.

Nas cidades gregas, mais especificamente em Atenas, foram registradas sensíveis diferenças entre os *nómoi* e o *pséfisma.* Os primeiros representavam a idéia da lei constitucional, pois só podiam ser alterados por procedimentos especiais e dispunham sobre a organização do Estado. Já o *pséfisma* se ajustava à concepção de lei ordinária, devendo respeitar, formal e materialmente, os *nómoi.* Os juízes atenienses, reconhecendo a superioridade hierárquica dos *nómoi*, eram obrigados a julgar em favor deste, caso viessem a colidir com o *pséfisma*.

Analisando sob uma ótica mais técnica o controle realizado na civilização ateniense para dirimir os conflitos entre os *nómoi* e *pséfisma*, podemos concluir que a melhor qualificação para esse instituto seria classificá-lo como um controle de legalidade, e não como controle de constitucionalidade.

Na Idade Média, o Direito Natural assumia posição de destaque ao lhe ser conferido *status* de norma superior, de origem divina, na qual as demais normas deveriam ser inspiradas sob pena de nulidade. Estas visões do Direito serviram de precedentes históricos do controle de constitucionalidade. A idéia de superioridade hierárquica advinda das previsões do Direito Natural são esclarecidas nas observações de BATTAGLINI ao afirmar que:

> O ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado

> a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do contato não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo armada e, até, o tiranício (BATTAGLINI *apud* CUNHA, 2004, p. 403).

Já na Inglaterra, foi defendida a superioridade do *common law* contra as pretensões das prerrogativas reais, embasado na doutrina do célebre jurista Sir Edward Coke. Assim, o Rei não poderia julgar senão por intermédio dos juízes, pois estes exerciam uma autoridade de árbitro entre o Rei e a Nação. Destarte, era atribuição típica dos juízes controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, obstando a aplicação das normas contrárias à *common law*.

A doutrina defendida por Edward Coke, que pregava a superioridade da *common law* em face do Rei e do Parlamento, prevaleceu na Inglaterra por algumas décadas. Contudo, com o advento da Revolução de 1688 as idéias de Coke foram abandonadas, cedendo espaço para a doutrina da supremacia do Parlamento, onde não existia um controle judicial de constitucionalidade, que vigora na Inglaterra até os dias atuais.

Apesar de extinta, a doutrina de Coke contribuiu para a formação do pioneiro sistema da *Judicial Review* do direito norte-americano, pois em seu período áureo as idéias do Lord Coke invadiram as colônias inglesas da América, onde os tribunais passaram a negar aplicação às leis coloniais incompatíveis com o Estatuto da Coroa, ato normativo que funcionava como verdadeira Constituição Colonial.

Ao lado do sistema federal, a idéia de supremacia da Constituição foi considerada a criação jurídica mais importante dos americanos. O princípio da exigência da compatibilidade das leis com os dispositivos constitucionais é resultado da produção normativa da jurisprudência

americana, e que posteriormente foi incorporado ao texto da Constituição norte-americana de 17 de setembro 1787, em seu artigo VI, cláusula 2º que previa:

> Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.

A partir do célebre caso *Marbury v. Madison,* julgado por John Marshall, Chief *Justice* da Corte Suprema Americana, afirmou-se a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, pela qual o Poder Judiciário, mediante casos concretos postos ao seu julgamento, ao interpretar a Constituição, deveria adequar os demais atos normativos aos superiores preceitos constitucionais. Assim, a decisão de Marshall não só ratificou a supremacia da Carta Magna em face das demais normas jurídicas, como também assegurou o poder e o dever dos magistrados em negar aplicação às leis que ferissem o texto constitucional.

Após a consagração da decisão proferida por Marshall que, analisada sob o prisma jurídico apresenta-se irrefutável, consolidou-se a tese que defende a superioridade hierárquica das normas constitucionais, especialmente nos sistemas de Constituições rígidas, devendo os preceitos constitucionais prevalecerem sobre os demais atos normativos, onde o juiz é obrigado a aplicar a Constituição em detrimento da lei que colida com o texto constitucional. Portanto, com a célebre decisão, nasceu o controle judicial da constitucionalidade das leis.

O controle judicial de constitucionalidade do sistema norte-americano estava limitado a um controle meramente incidental, aplicado, por tal razão, apenas em face de um caso concreto controvertido, e exercitado por todos os órgãos do Poder Judiciário, onde cada juiz ou tribunal pode deixar de aplicar, no caso concreto submetido à sua apreciação, a lei que entender ser revestida de inconstitucionalidade.

Entretanto, não era facultado ao Poder Judiciário declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do poder público.

Apesar de ter sofrido algumas dificuldades iniciais, correndo o risco, até, de perder sua eficácia, a doutrina de Marshall prevalece nos EUA até hoje, sendo acolhida por diversas Constituições de Estados americanos, e foi incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição de 1891. Contudo, no cenário internacional a partir do século XX, o sistema incidental norte-americano da *judicial review* cedeu espaço para outro modelo de jurisdição constitucional, surgido na Europa continental, e denominado de controle concentrado de constitucionalidade.

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade surgiu através das idéias de Hans Kelsen, apresentadas num projeto elaborado por ele próprio, a pedido do governo austríaco, à elaboração de uma Constituição para este país, que foi promulgada em 1º de outubro de 1920.

O modelo kelseniano de controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, o Tribunal Constitucional, o único credenciado a declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Segundo Kelsen, o Tribunal Constitucional era um legislador negativo, haja vista não desenvolver uma verdadeira atividade judicial, pois esta supõe sempre uma decisão singular a respeito de um caso controvertido.

No sistema austríaco-kelseniano o controle de constitucionalidade é exercido em via principal, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade depende de um pedido deduzido através de uma ação especial, que a princípio, só podia ser proposta por alguns órgãos políticos legitimados. Todavia, com a revisão da Constituição austríaca de 1929, o rol de legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada foi ampliado, conferindo legitimidade a dois outros órgãos integrantes da justiça ordinária, que foram: o *Oberster Gerichtshof* e *o Verwaltungsgerichtshof*.

O controle austríaco de jurisdição concentrada obteve uma grande expansão no decorrer do século XX, principalmente nos países da Europa continental, servindo de modelo para estes países, principalmente após o aperfeiçoamento promovido pela reforma constitucional de 1929.

2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A história constitucional brasileira teve início com a elaboração da Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, que em sua origem não adotou nenhum controle judicial de constitucionalidade. Não obstante, previa a Magna Carta de 1824, em seu artigo 15, incisos VII e IX que competia ao Poder Legislativo a atribuição de fazer, interpretar, suspender e revogar as leis, além de velar pela guarda da Constituição.

A Constituição brasileira de 1824 conferiu ao Imperador um Poder Moderador, o qual inviabilizava o exercício de qualquer forma de controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, pois o Texto Magno assegurava ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, solucionar os conflitos que envolvessem os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

O controle judicial de constitucionalidade apareceu nitidamente no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890, influenciada pela doutrina norte-americana da *judicial review,* tendo sido reproduzido pela Constituição de 1891. Mas foi apenas com a reforma constitucional de 1926 que o controle de constitucionalidade difuso tornou-se um instituto induvidoso, ao delinear a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos impetrados nos casos de controvérsia sobre a vigência e a validade das leis federais em face da Constituição, e o Tribunal do Estado lhe negar aplicação.

Com o advento da Constituição de 1891, consolidou-se o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do direito brasileiro, e a competência do Poder Judiciário para exercer a fiscalização dos atos normativos, nos moldes do sistema americano, perdurando nas Constituições posteriores até a atual Carta Magna.

A Constituição de 1934 implantou profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade pátrio. O constituinte estabeleceu quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade de leis e dos atos normativos pelo Tribunal, ou seja, o órgão colegiado só poderia declarar a inconstitucionalidade caso houvesse a maioria absoluta da totalidade dos membros dos Tribunais, regra que

permanece até os dias atuais. Consagrou, também, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, quando for declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, concedendo efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, a mais inovadora alteração trazida pela Constituição de 1934 foi a criação da Ação direta interventiva, que consistia numa representação interventiva confiada ao Procurador-Geral da República, para provocar o exame do Supremo Tribunal nas hipóteses de ofensa a alguns princípios consagrados no Texto Magno. Segundo os ensinamentos de Bandeira de Melo esta ação consistia em uma "declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal" (BANDEIRA *apud* GANDRA e FERREIRA, 2003, p. 24).

A Constituição de 1937, autoritariamente imposta ao povo brasileiro, manteve o modelo de controle de constitucionalidade inaugurado em 1891. Porém, trouxe em seu bojo uma disposição que pretendia enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das leis. A Carta Magna de 1937, em seu artigo 94, também vedou expressamente ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas.

A Constituição brasileira de 18 de setembro de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no ordenamento jurídico pátrio, restabelecendo ao Poder Judiciário a supremacia perdida em face da Constituição de 1937, cabendo a este a última palavra em controvérsias de natureza constitucional. Foram reinseridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934, e que tinham sido abolidas pelo texto constitucional de 1937, que foram: a ação interventiva e a suspensão pelo Senado Federal da execução da lei julgada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Em 26 de novembro de 1965, por força da Emenda Constitucional n.16 foi introduzido no Brasil o controle abstrato de normas estaduais e federais, nos moldes da corrente kelseniana, sendo o Procurador-Geral da República o único legitimado para ajuizar esta ação. A referida Emenda Constitucional também possibilitava a adoção pelos Estados de um controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos municipais que colidissem com os preceitos da Constituição, sendo o Tribunal de Justiça dos Estados, o órgão responsável pela apreciação da querela constitucional.

Nesse diapasão, já se encontravam em convivência harmônica no cenário jurídico nacional o sistema difuso e o concentrado, constituindo, assim, um modelo de controle judicial de constitucionalidade, denominado pela doutrina de *misto* ou *eclético*.

A Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 não trouxe grandes modificações no sistema de controle de constitucionalidade. Entretanto, não foi incorporado o dispositivo, adicionado pela Emenda Constitucional 16/65, que legitimava os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade genérica dos atos normativos municipais em face da Carta Magna Estadual. Mas com a EC nº 1 de 1969 ficou previsto expressamente o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município.

Com a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, foi introduzida, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, inovação não acolhida pela Constituição Federal de 1988. Outra inovação trazida pela EC nº 7 foi a possibilidade de concessão de medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade, instituto mantido pelo texto constitucional de 88.

O constituinte de 1988, além de ampliar o rol de legitimados para provocar o controle abstrato de norma, e alargar o modelo de controle concentrado da constitucionalidade com a instituição da ação direta de inconstitucionalidade, introduziu no ordenamento jurídico nacional um mecanismo para a defesa de direitos subjetivos, lesados em face da omissão normativa dos entes públicos, que foi o mandado de injunção.

A Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993 inseriu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade. Foi atribuída ao STF a competência para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Executivo e Judiciário.

Os mais recentes diplomas legais que disciplinam alguns institutos

destinados ao controle de constitucionalidade foram: a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999. A Lei 9.882/99 delimitou os contornos normativos da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Já a Lei 9.868/99, ato normativo objeto de análise do presente trabalho, regulamenta o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Diante da análise histórica do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, podemos evidenciar que o sistema híbrido de controle constitucional teve suas bases na Constituição de 1967, mas só a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 é que podemos encontrar o seu pleno funcionamento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, nas palavras do ilustre jurista Hely Lopes de Meirelles, deu os seguintes contornos ao controle de constitucionalidade:

> A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de norma (LOPES, 2003, p. 301).

A nova estrutura de jurisdição constitucional apresentada pela vigente Constituição Federal, ao dar uma maior amplitude às ações especiais de controle de constitucionalidade, fixando um vasto rol de legitimados para propor as referidas ações, contribuiu decisivamente para que o controle difuso de constitucionalidade perdesse espaço no cenário jurídico pátrio, e consequentemente, sofresse uma restrição quanto a sua aplicabilidade. Contudo, esta nova realidade não retira a importância

da jurisdição constitucional realizada pelo juízo *a quo* e pelos tribunais.

O controle concentrado de constitucionalidade só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça, através da provocação mediante a propositura de ações especiais e diretas que veiculam as controvérsias constitucionais com o próprio objeto principal da demanda. Não existe nenhum litígio travado entre partes definidas em um caso concreto, mas apenas a defesa dos preceitos constitucionais, através da observância da compatibilidade vertical entre um ato normativo do poder público e as normas da Carta Magna, conforme orientação firmada pelo STF:

> O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via de controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º) (STF, ADIn 1.434-0, Ministro Celso de Melo, RTJ 164:506, apud ZAVASCKI, 2001, p. 43).

Nesta modalidade de controle de constitucionalidade não há prazo para o ajuizamento das ações especiais, mas, depois de interposta, não admite desistência. Os artigos 5º e 16 da Lei 9.868/99, apenas ratificaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que vedava a desistência nos processos de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

As ações especiais de controle concentrado de constitucionalidade

contempladas na Constituição Federal de 1988 são:

· Ação direta de inconstitucionalidade genérica;
· Ação direta de inconstitucionalidade interventiva;
· Ação direta de inconstitucionalidade supridora de omissão;
· Ação declaratória de constitucionalidade; e
· Argüição de descumprimento de preceito fundamental

4. OS EFEITOS DA DECISÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

No cenário jurídico internacional, existe divergência de entendimento quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Os sistemas jurídicos têm se polarizado no sentido de atribuir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* ao ato normativo contrário ao texto constitucional.

Segundo Cappelletti, duas correntes buscaram a solução desta controvérsia. Um segmento liderado pelo sistema norte-americano, e o outro encabeçado pelo sistema jurídico austríaco.

O sistema americano defende o entendimento no qual a norma contrária ao texto constitucional é tida como sendo absolutamente nula (*ipso jure),* apresentando este sistema um caráter meramente declaratório, ou seja, a decisão que decreta a inconstitucionalidade reconhece uma nulidade preexistente, já que esta ocorre desde o momento da elaboração da norma. Sendo assim, a eficácia da decisão declaratória opera retroativamente (*ex tunc*), já que uma lei nula *ab initio*, não pode gerar efeitos.

Já no sistema austríaco, a Corte Constitucional declara a anulabilidade da lei, e não a sua nulidade, ou seja, enquanto não houver pronunciamento neste sentido a lei será válida e, consequentemente, obrigatória. Segundo esta corrente, a norma declarada inconstitucional, não pode ser declarada nula, pois tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade. Assim, a declaração de inconstitucionalidade apresenta caráter constitutivo, produzindo efeitos *ex nunc*

A discricionariedade que é atribuída aos juízes e tribunais em negar aplicabilidade a lei inconstitucional, associada à faculdade assegurada a qualquer cidadão de negar obediência ao ato normativo eivado de inconstitucionalidade, demonstram que o constituinte pátrio acolheu a

teoria da nulidade da lei inconstitucional.

O ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, assevera ser da tradição do direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional, ou seja, de que é nula *ipso jure,* não só a norma que colida com os preceitos constitucionais, como também, todos os atos amparados no ato normativo eivado inconstitucionalidade, possuindo a decisão declaratória de inconstitucionalidade efeito *ex tunc,* pois o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional, ainda que por tempo determinado, representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. Contudo, adverte ainda o saudoso ministro, que é possível identificar na jurisprudência da nossa Suprema Corte, uma tentativa de, com arrimo na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da teoria da anulabilidade.

A Constituição Federal de 1988, não trouxe em seu texto magno nenhum dispositivo que autorizasse o Poder Judiciário a restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Fato este, que pode ter motivado o Supremo Tribunal Federal a se manter fiel, por um longo período, ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais, reafirmado em reiterados julgados.

Ao se posicionar quanto à atribuição de efeito *ex tunc* nas decisões em Adin, Regina Maria Macedo Nery Ferrari afirma:

> A admissão da retroatividade *ex tunc* da sentença deve ser feita com reservas, pois não podemos esquecer que uma lei inconstitucional foi eficaz até consideração nesse sentido, e que ela pode ter tido consequências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina um prazo para a argüição de tal invalidade, podendo a mesma ocorrer dez, vinte ou trinta anos após sua entrada em vigor (FERRARI, 2004. p. 290).

Atualmente, a decisão final do Supremo Tribunal Federal, em Adin genérica, que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, é oponível contra todos (*erga omnes*) e de efeito vinculante em relação aos órgãos integrantes do Poder Judiciário

e à Administração pública, em todas as suas esferas.

O efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade já era previsto no ordenamento jurídico pátrio, não expressamente, mas por força da Emenda Constitucional nº 3/93, que ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, atribuindo-lhe efeito vinculante, estendia, implicitamente, o referido efeito à Adin, segundo entendimento da doutrina majoritária, conforme se evidencia no pensamento de Gilmar Ferreira Mendes:

> Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADIn com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil não admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade tenha efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade (MENDES, 2004).

No entanto, com o advento da Lei 9.868/99 o efeito vinculante foi introduzido, expressamente, na ação direta de inconstitucionalidade, conforme previsão do art. 28, parágrafo único deste diploma legal.

A decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado produz, também, efeitos repristinatórios, ou seja, restabelece a legislação anterior revogada pela lei julgada inconstitucional. A Lei 9.868/99 prevê no art. 11, § 2º, que a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, se existente, salvo manifestação em contrário.

4.1 A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

A Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, em seu artigo 27, prevê a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, e tendo razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de dois terços de seus membros, manipular os efeitos das decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade, para

restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, ficou legalmente autorizado ao STF o manejo dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, tanto em relação a sua amplitude, quanto em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os seguintes requisitos:

· decisão por maioria de dois terços dos membros do STF;

· presença da razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O requisito segurança jurídica é um conceito jurídico indeterminado, não apresentando um só significado. A título de lição, todavia, traz-se à colação a magistral doutrina de KELSEN:

> O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado de Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica (KELSEN, 1999.p. 279).

Ao considerar a segurança jurídica como um valor fundamental que se embasa na certeza do direito como princípio que norteia o ordenamento jurídico, Paulo de Barros Carvalho elucida o referido requisito nestes termos:

> Trata-se, na verdade, de um subprincípio que está acima de todos os primados e rege toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como valor supremo do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem

> determinação específica [...] Substanciando a necessidade premente de segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada (BARROS *apud* FERRARI, 2004. p. 310).

Já o requisito excepcional interesse social não deve ser encarado numa ótica meramente jurídica, mas sim, através de uma apreciação de natureza política, haja vista estar fundada num exame valorativo fundado na conveniência ou oportunidade, pois nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho "é uma apreciação tipicamente política. E subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança jurídica, ou interesse social, qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas" (FERREIRA FILHO *apud* FERRARI, 2004. p. 311).

Todavia, é o conjunto dos valores aceitos pelo corpo social de uma civilização, num determinado momento histórico, que deverá servir de norte ao STF no manejo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, posto que "O Direito não é filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, produto cultural da humanidade" (MENEZES, 1991. p. 48).

A possibilidade da Suprema Corte manipular os efeitos das decisões em Adin buscou inspiração no sistema constitucional português, que no art. 281, (4) da sua Constituição previu que quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional determinar os efeitos da inconstitucionalidade com mais alcance do que o previsto.

Convém ressaltar, que foi proposta na Assembléia Constituinte de 1986-88 regra semelhante, a qual autorizava o STF a determinar se a lei declarada inconstitucional em sede abstrata haveria de perder eficácia *ex tunc,* ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. No entanto, tal proposta foi rejeitada.

Posteriormente, no processo de revisão da Constituição pátria de 1994, o tema voltou a ser objeto de discussão, por proposta do deputado Nelson Jobin, relator da revisão, só que mais uma vez a

iniciativa não foi aceita.

Regina Maria Ferrari, quanto aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade afirma o seguinte:

> O alcance no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sempre foi, em nosso sistema jurídico, resultado de uma postura jurisprudencial que, com o tempo, abandona a posição radical no que diz respeito a considerar a lei inconstitucional nula *ab initio* e carecedora de produção de efeitos, e passa a aceitar algum tipo de abrandamento (FERRARI, 2004. p. 300).

O Supremo Tribunal Federal também poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que preencha os requisitos formais e materiais do artigo 27 da Lei 9.868/99, estabelecendo que os efeitos da decisão passem a ter eficácia *ex nunc*, ou a partir de outro momento a ser fixado pelos ministros da Corte máxima do Poder Judiciário pátrio.

Em relação à amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a regra é que esta possua efeito *erga omnes*. Contudo, valendo-se da prerrogativa estendida pelo art. 27 da Lei 9.868/99, poderá o STF afastar a nulidade de alguns atos do Poder Público fundadas em norma eivada de inconstitucionalidade, tanto para evitar a incidência dessa decisão em relação a determinadas situações, quanto para eliminar os efeitos repristinatórios do julgamento.

4.2 A PONDERAÇÃO NA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM ADIN GENÉRICA

Por conduto do artigo 27 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, o legislador ordinário veio sedimentar em lei a jurisprudência cristalizada nas decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pela Corte Suprema.

Seguindo a evolução do Direito Constitucional, o texto da Lei 9.868/99 rompe com tradição da teoria da nulidade do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, influência do sistema norte-americano, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro, a figura

denominada pela doutrina de "constitucionalização da inconstitucionalidade" ou "inconstitucionalidade interrompida", uma vez que se permite ao Supremo Tribunal Federal reconhecer uma norma como inconstitucional, mas podendo, não obstante, protrair os seus normais efeitos para o futuro, por tempo indeterminado, fazendo com que haja a constitucionalização temporária do que é declarado inconstitucional.

Contudo, segundo entendimento de Teori Albino Zavascki:

> a eficácia *ex nunc* da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não infirma a tese da nulidade da lei inconstitucional. Ao manter atos com base nela praticados, o Supremo não declara sua validade, nem assume a função de "legislador positivo", mas exerce típica função jurisdicional: Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional (ZAVASCHI, 2001. pp. 49-50).

A não aplicação de efeitos retroativos às decisões que decretam a inconstitucionalidade de um ato normativo, encontra limite na necessidade de respeito à coisa julgada, pois conforme assevera Daniel Sarmento:

> a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não tem o condão de desconstituir sentenças transitadas em julgado, baseadas em regra inconstitucional. Contudo, no âmbito civil, se o prazo decadencial de dois anos após o trânsito

> em julgado da decisão ainda não tiver escoado, poderá o interessado ajuizar ação rescisória, baseando-se em violação literal de lei (art. 485, VI, do CP), já que tal fundamento abrange também a inconstitucionalidade da norma em que se alicerça a sentença (SARMENTO. In: CÂMARA, et al., 2001. pp. 115-116).

As normas de Direito Penal também podem ser excluídas do campo de incidência da modulação temporal dos efeitos da Adin, visto que o princípio da legalidade, na esfera criminal assume um rigor absoluto, tornando-se inadmissível a punição de alguém pela prática de hipotético ilícito penal tipificado em texto normativo inconstitucional. Contudo, as decisões no controle de constitucionalidade que beneficiarem o réu terão que retroagir.

Não é pacífico o entendimento na doutrina brasileira quanto à validade, total ou parcial, do artigo 27 da Lei 9868/99. O argumento que ratifica esta assertiva é que existem ações diretas de inconstitucionalidade impugnando o referido dispositivo, e que ainda não tiveram o julgamento do mérito definitivamente resolvido.

Segundo o renomado jurista português Jorge Miranda o preceito, evidenciado no artigo 27 da Lei 9868/99, e externado na Constituição portuguesa, "destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez" (MIRANDA *apud* FERRARI, 2004. p. 297).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, exposado pela autora retromencionada, defende que, ao prever a competência do Supremo Tribunal Federal para a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o referido dispositivo legal concorrerá para a inutilização do controle de constitucionalidade, afirmando não mais ser rígida a Constituição brasileira, diante da inovação do legislador infraconstitucional.

Já Lênio Luiz Streck, também citado por Maria Regina Ferrari, entende ser possível a manipulação dos efeitos da Adin, mas não concorda com a restrição dos efeitos a partir de outro momento que não o do trânsito em julgado da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Ives Gandra e Gilmar Mendes, ao se posicionarem quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, afirmam que: "A falta

de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais" (GANDRA e FERREIRA, 2003, p. 318).

Regina Maria Ferrari ao se manifestar quanto à modulação temporal da Adin assevera que:

> Como entre nós, a postura relativa a aceitar a nulidade *ab initio* da lei inconstitucional sempre foi decorrente de posicionamento jurisprudencial, não parece chocar ou ser inconstitucional a previsão legal da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, aqui não cabe rechaçar a flexibilização dos efeitos, mas simplesmente constatar que a forma como foi implantada no Direito Positivo Brasileiro, dá cauda a diversas posições e questionamentos, o que, seguramente, não propiciará a tranqüilidade e segurança, finalidade principal do Direito (FERRARI, 2004. p. 301).

Atento a tais ponderações, podemos afirmar que a previsão da manipulação dos efeitos da decisão em Adin é um instituto de vital importância para o regular funcionamento da estrutura judicial de ordenamentos jurídicos que possuem Constituições rígidas. No entanto, tal previsão legal deve ser utilizada com parcimônia, conforme defende Luís Roberto Barroso, ao manifestar o seu temor diante de possíveis abusos que poderiam advir da faculdade outorgada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos seguintes:

> Receia-se que o STF que, infelizmente, não se tem mostrado tão independente do Executivo como seria desejável (vide a sua lamentável omissão no controle de medidas provisórias) possa se valer dos seus novos poderes pautando-se por uma lógica das 'razões de Estado', para adotar, como regra a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* das decisões desfavoráveis ao Erário e benéficas ao cidadão e ao contribuinte" (BARROSO *apud* SARMENTO. In: CÂMARA, et al., 2001, p. 126).

5. CONCLUSÃO

Diante das exposições feitas no presente trabalho pode-se concluir que não apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas em diversos países em que existe o controle jurisdicional de constitucionalidade, há uma crescente tendência de a Constituição ou a jurisprudência concederem liberdade para o Poder Judiciário adequar os efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade às particularidades de cada demanda posta à sua apreciação, evitando, assim, que o julgado venha a lesar o direito do cidadão.

É induvidoso que o fim precípuo do controle de constitucionalidade é obter a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, através da invalidação da lei impugnada, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser fundadas em normas inconstitucionais.

Todavia, é concebível que um ato normativo se mostre incompatível com o texto da Carta Magna, mas a sua exclusão do cenário jurídico, principalmente quando processado de forma retroativa, possa causar danos mais graves aos valores defendidos pela Constituição, do que a própria conservação provisória de sua aplicação. Nestas situações, é incontroversa a necessidade do órgão judicante possuir discricionariedade para manipular os efeitos da decisão, a fim de buscar uma solução menos lesiva aos interesses conflitantes.

Pautado neste entendimento, a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 concedeu mais flexibilidade aos efeitos temporais das decisões em Adin, seguindo as tendências mais atuais do direito comparado, ratificando, assim, em texto legal, a jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei 9.868/99, pelo seu artigo 27, permite ao STF ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de dois terços de seus membros, forjar os efeitos das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu

trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Através da análise do referido artigo, percebe-se que a decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado pode determinar, desde que preenchidos os requisitos formais e materiais, que sejam atribuídos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* à pronúncia de inconstitucionalidade.

Conforme é demonstrado na Exposição de Motivos da Lei 9.868/99 a manipulação dos efeitos da Adin justifica-se nos casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada, ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da impugnação da norma inconstitucional possa ocasionar o surgimento de uma situação que se distancie ainda mais da vontade constitucional.

Convém ressaltar, a falha do legislador infraconstitucional, que foi omisso ao não estabelecer um momento, no futuro, a partir do qual a norma declarada inconstitucional perderá sua eficácia. Contudo, a doutrina entende que não há que se conceder prazo superior àquele destinado a tramitação de projeto de lei em regime de urgência, previsto no artigo 64 da Constituição Federal.

Com arrimo em tudo que foi exposto nesta obra, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ser guiado pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, fazendo prevalecer o bem jurídico, que conforme as peculiaridades do caso, se apresente mais relevante, ainda que isto importe na manutenção de situações amparadas em norma declarada inconstitucional, pois tal prática resulta numa menor ofensa aos valores constitucionais protegidos pela Carta Política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David, e SERRANO, Vidal Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11 ed. São Paulo:

Malheiros, 2001.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
GANDRA, Ives da Silva Martins, e FERREIRA, Gilmar Mendes. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.
LAMMÊGO, Uadi Bulos. *Constituição federal anotada.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional csquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.
LOPES, Hely Meirelles. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.* 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.
_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus navigandi,* Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>. Acesso em: 10 out. 2004.
MENEZES, Tobias Barreto de. *A idéia do Direito em Obras Completas – Estudos de Direito I*. Rio de Janeiro: Record, 1991.
MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Constituição e constitucionalidade. Tomo II. 3. ed. reimp. Lisboa: Coimbra, 1996.
MORAES, Alexandre. *Direito constitucional.* 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição.* São Paulo: Atlas, 2000.
NOGUEIRA, Paulo Napoleão da Silva. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal.* São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1992.
OLIVEIRA, Edmar Andrade Filho. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.
POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
RAMOS, André Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº. 9.868/99. In: CÂMARA, Alexandre Freitas et al. *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CÂMARA, Alexandre Freitas et al. *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O CONCEITO DE ATIVIDADE JURÍDICA E A RESOLUÇÃO N.º 11/2006 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Marcos Antonio Garapa de Carvalho é Auditor de Tributos do Estado de Sergipe, e bacharel em Direito pela Universidade Federal daquele Estado.

RESUMO: O presente artigo enfrenta os limites do conceito de "atividade jurídica", termo inserido na Constituição Federal brasileira de 1988 pela Emenda n.º 45/2004. Estabelece o grau de eficácia da norma que o veicula e a competência legislativa para discipliná-lo, além de questionar a legitimidade da edição de resolução administrativa por parte do Conselho Nacional de Justiça para regular a matéria, concluindo pela inconstitucionalidade da medida, bem como indicando o instrumento processual hábil a contorná-la.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade jurídica. Eficácia das normas constitucionais. Competências legislativas no Estado federal. Conselho Nacional de Justiça. Competências em matéria administrativa. Princípio da proporcionalidade. Concurso público. Limitação de acesso a cargos públicos: limites e legitimidade.

ABSTRACT: This work presents the boundary of the concept "legal activity", expression that was inserted in the Federal Constitution of Brazil of 1988 by the emend n.º 45/2004. It establishes the degree of the norm effectiveness which corresponds to it, and the legislative ability to control it, besides questioning the legitimacy of the edition of administrative resolution by the National Council of Justice to regulate the subject, concluding by the measure unconstitutionality, as well as indicating the competent procedural instrument to bypass it.

KEY WORDS: Legal activity. Effectiveness of the constitutional rules. Legislative abilities in the Federal State. National Justice of Council. Administrative subjects. Proportionality principle. Public competition. Access limit to the public offices: limits and legitimacy.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Atividade jurídica: algo ainda por conceituar; III. Atividade jurídica: eficácia constitucional do termo e competência para fixação do seu conceito; IV. Atividade jurídica: omissões da Resolução do CNJ e ofensa ao princípio da proporcionalidade; V. Atividade jurídica: amplitude do conceito; VI. Conclusões; VII. Bibliografia consultada.

I. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ ingressou como componente da estrutura do Poder Judiciário brasileiro por obra da Emenda Constitucional - EC n.º 45/2004, a pretexto de concretizar o antes muito propalado e discutido, quer no meio acadêmico quer no meio profissional, "controle externo do Judiciário".

Eis que o controle veio, mas não tão "externo" assim, pois apenas dois quintos dos membros daquele órgão são selecionados entre não-integrantes da Magistratura Nacional. E, mesmo assim, apenas quatro dos quinze membros não integram algumas das magistraturas[1] previstas constitucionalmente.

Apesar dos debates e da franca oposição de diversos setores da sociedade, notadamente as Associações de Magistrados, a composição *heterogênea* do CNJ foi considerada adequada ao sistema de controle recíproco entre os Poderes Estatais estabelecido pela Constituição Federal de 1988 – CF/88[2] - próprio do constitucionalismo moderno -, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal- STF.

Estabelecida a legitimidade constitucional do novo órgão, nem bem passado um ano do último debate, novamente o STF viu-se às voltas com novo questionamento, desta feita acerca da detenção ou não, por aquele órgão, de poder normativo capaz de impor aos demais Tribunais do país disciplina de conduta administrativa, especialmente a

---

[1] O termo aqui foi empregado em seu sentido mais *lato,* de modo idêntico ao uso que dele faziam os romanos, que denominavam magistrado todo aquele que exercia um alto cargo em Roma, não somente os juízes (*pretores*, *questores*, *censores* etc. eram todos "magistrados"). Tanto que, por exemplo, o Ministério Público é também conhecido como "Magistratura em pé".

[2] Cf. o voto do Min. Cezar Peluso na ADI n.º 3.367-DF, disponível em www.stf.gov.br e no Informativo n.º 383 daquela Corte.

determinação de exoneração de parentes de magistrados que ocupassem cargos em comissão a estes últimos subordinados. O alvo então foi a Resolução n.º 07/2005, a "norma antinepotismo".

Na linha daquilo que já era esperado, o pleno da Corte Suprema brasileira foi coerente com o julgamento proferido na ADI n.º 3.367-DF e declarou a constitucionalidade do ato administrativo disputado[3], reconhecendo o poder normativo atribuído pela CF/88 ao CNJ, mormente como meio de concretizar os princípios constitucionais estabelecidos em seu art. 37, *caput*.

Pois bem. A esta altura o leitor deve estar se perguntando qual a relação entre esses dois tópicos anteriores e o título do artigo. Mas há.

Fixadas a constitucionalidade da criação do CNJ e a legitimidade do seu poder normativo em temas administrativos, financeiros e orçamentários no âmbito do Poder Judiciário, calha agora questionarmos se esta competência normativa é tão ampla que autorize aquele órgão a regulamentar qualquer matéria, especialmente uma tão nova quanto ele, a saber o que vem a ser "atividade jurídica".

II. ATIVIDADE JURÍDICA: ALGO AINDA POR CONCEITUAR

De enxertia advinda da mesma fonte, a expressão foi inserida na parte final do art. 93, inciso I, da Carta da República de 1988, como mais um requisito para o exercício de cargos da Magistratura Nacional, e passou *incontinenti* a ser objeto de previsão nos editais de concursos públicos para provimento de cargos de juiz dos Tribunais e, até mesmo, de outras carreiras, a exemplo de Defensor Público do Estado da Bahia, cujo edital publicado em 2006 previa a referida exigência e fazia menção especificamente à Resolução do CNJ, ainda que a norma constitucional de princípio institutivo daquele órgão não reclame tal instituto[4].

Não se nega que o novo requisito é, em si, razoável, pois efetivamente o nível das responsabilidades inerentes ao cargo de juiz

---

[3] Cf. o voto do Min. Carlos Britto na ADC n.º 12-DF, disponível em www.stf.gov.br e no Informativo n.º 416 daquela Corte.

[4] Cf. o art. 134 da Constituição Federal de 1988.

exige, de quem vai exercê-lo, maturidade e preparo profissional suficientes, somente alcançáveis pelo decurso do tempo conjugado com a prática diária[5].

Além do mais, mesmo antes do advento da EC n.º 45/2004, em grande medida já havia a exigência de algo semelhante por parte dos diversos tribunais do país - a antiga exigência da comprovação de dois anos de "prática forense" estabelecida em diversas leis de organização judiciária – o que torna a discussão não tão tormentosa.

A diferença entre a antiga "prática forense" e a nova "atividade jurídica" é, no entanto, relevante, pois, em primeiro lugar, o regramento daquela era feito por lei, enquanto que o da última foi elevado ao patamar constitucional. E, em segundo lugar, devido ao fato do conceito de prática forense já ter sido suficientemente desenvolvido e fixado, o que propiciava maior segurança jurídica por parte daqueles que se viam na contingência de prová-la[6], ao passo que "atividade jurídica" ainda é algo por determinar.

E aqui é que se dá a imbricação entre os *topoi* alinhados na introdução – constitucionalidade do CNJ e limites do seu poder normativo – e a fixação do conceito de "atividade jurídica" por meio da Resolução n.º 11/2006.

A pergunta que nos propusemos foi a seguinte: poderia o CNJ editar ato administrativo normativo para conceituar o instituto? E é nosso objetivo chegar a uma resposta, ainda que em breves linhas.

III. ATIVIDADE JURÍDICA: EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO TERMO E COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DO SEU CONCEITO

Não se pode iniciar o enfrentamento da questão sem antes analisar e fixar duas premissas básicas: o grau de eficácia da norma constitucional que institui o requisito e a competência para o regramento da matéria.

---

[5] Não era por outro motivo que a solução das controvérsias nas comunidades tribais primitivas era atribuída aos anciãos, pois devido à larga experiência de vida, tinham a habilidade e o conhecimento necessários para solvê-las. Mesmo hoje, a própria Constituição Federal prevê a exigência de idade mínina para a assunção de determinados cargos públicos, como são exemplos os de Presidente da República e Senador.

[6] Acerca do entendimento jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, confira, p. ex., os acórdãos proferidos no RMS n.º 17757-BA e no MS n.º 5841-DF, disponíveis no *site* www.stj.gov.br .

Em brevíssima síntese e mesmo porque a temática já é de amplo domínio dos cultores do Direito, segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais dividem-se, quanto a sua eficácia, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As primeiras seriam aquelas que o constituinte dotou de todos os elementos indispensáveis para que pudessem produzir desde logo os seus efeitos, dando ensejo à criação de direito subjetivo, oponível ao Estado e a terceiros, exigível pela via judicial.

As segundas seriam aquelas que o constituinte também proveu de todos os elementos indispensáveis à produção dos seus efeitos, porém permitiu, através de cláusula que se lhe agrega (p. ex., "nos termos da lei", "conforme a lei", "conforme disposto em lei"), que o legislador ordinário restringisse o alcance dos direitos concedidos, de modo a condicionar-lhes o exercício.

A derradeira é aquela que, a par do constituinte ter enunciado formalmente o seu conteúdo, este, para poder se tornar efetivo, carece da edição obrigatória de lei que lhe complete o sentido. Ou seja, o comando contido na norma em questão somente poderá operar no mundo dos fatos após a publicação de norma infraconstitucional que venha a suprir a carência de conteúdo pleno do enunciado normativo maior.

Analisando a disposição contida no *caput* do art. 93 e do enunciado do seu inciso I, vê-se claramente que a norma deve ser classificada como de *eficácia limitada*, pois, além do constituinte ter expressamente determinado que "a lei complementar" deverá disciplinar o Estatuto da Magistratura, o disposto no inciso I não fornece ao aplicador do Direito, só por si, todos os elementos indispensáveis à sua concreção no mundo dos fatos, uma vez que não há nele a normatividade mínima do que vem a ser "atividade jurídica"[7].

Tal entendimento foi ainda implicitamente adotado pelo CNJ na própria Resolução n.º 11/2006, ao declarar num dos seus

---

[7] Deve-se ter em mente, ainda, que embora as palavras empregadas na Constituição devam ser interpretadas conforme seu sentido vulgar, visto que a Carta é feita pelo povo e para o povo, não se pode simplesmente tratar os conceitos de "prática forense" e "atividade jurídica" como sinônimos, pois se o constituinte reformador já tinha ciência do primeiro e não o usou, é porque o segundo é coisa diversa (Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, 79-82)

"considerandos" a necessidade de "estabelecer regras e critérios gerais e uniformes, enquanto não for editado o Estatuto da Magistratura (...)"que permitissem aos tribunais aplicar o instituto.

Fixado o grau de eficácia da norma que criou o requisito, resta saber de quem é a competência para legislar sobre a matéria.

Ainda aqui devemos buscar o apoio nos estudos de Direito Constitucional geral, especialmente nos tópicos relacionados com a estruturação dos Estados federais e a repartição de competências dentro deles. E, como a amplitude do estudo não comporta maiores aprofundamentos[8], ficamos com o princípio reitor da partição de competências no âmbito de uma federação, como o é o Brasil: a *predominância do interesse*.

Ali onde haja um *interesse geral* ou *nacional*, a competência - seja ela material ou legislativa – será atribuída à União; sempre que o *interesse* for restrito a determinado *âmbito regional*, aos Estados caberá a respectiva competência; e sempre que o *interesse* em questão for limitado à zona de atividade *local*, competente será o Município.

No Brasil ainda há uma conjugação dos métodos de repartição de competências conhecidos[9], pois há matérias que embora demandem solução apenas local, encontram regramento geral uniforme, a fim de possibilitar uma salutar harmonização entre as legislações dos vários Estados. Tal é, por exemplo, o caso das competências concorrentes da União e dos Estados-membros, em que a primeira estabelece regras gerais e os segundos suplementam essas regras.

Mas, somente o domínio da técnica de repartição de competências não resolve nosso problema, pois é preciso determinar a qual modalidade da competência liga-se aquela estabelecida no art. 93, inciso I, da CF/88. Ou seja, disciplinar a estrutura do Poder Judiciário e o estatuto dos juízes é matéria afeta aos interesses da nação como um todo, ou pode ser relegado ao plano regional? Em se optando pela

---

[8] Para uma maior e mais completa abordagem da matéria, confira: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 477-483; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 971-980; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. São Paulo; Editora Atlas, 1991.

[9] Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. São Paulo; Editora Atlas, 1991, pp. 37-63.

primeira hipótese, haverá algum espaço normativo a ser preenchido pelos Estados ou o tema será esgotado pela legislação nacional?

O fato é que o Poder Judiciário é uno, como uno também o é o Ministério Público, pois sua estrutura está contemplada a mancheias no Texto Constitucional e, para salvaguarda dos direitos fundamentais, no primeiro caso, e defesa dos direitos indisponíveis no segundo, é imperioso que tais instituições fiquem a salvo de injunções regionais.

Opinando na mesma linha do *caráter nacional* do Poder Judiciário é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[10], André Ramos Tavares[11] e mesmo o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal- STF, pela mão do Ministro Cezar Peluso[12].

Pois bem. Se o *interesse* concernente à estruturação do Poder Judiciário e da carreira dos seus componentes é eminentemente nacional, a competência para legislar sobre a matéria é da União. E como tal normatização não tolera soluções regionais, pois a missão da Justiça brasileira não se coaduna com regramentos estaduais específicos, seja para a preservação dos direitos fundamentais, seja para as necessárias e indispensáveis garantias da Magistratura, tal competência seria do tipo *privativa*, a não exigir – nem tolerar – suplementações estaduais, sequer admitindo a delegação prevista no parágrafo único, do art. 22, da CF/88, por se tratar de regramento da composição de um dos

---

[10] "Embora existindo numa federação, na prática o Poder Judiciário brasileiro é uma *instituição nacional*, unificada por abundantes princípios e preceitos constitucionais, uma lei orgânica nacional e um sistema recursal centralizado. Aparentemente (...) nenhum impedimento haveria, nem mesmo desvio do princípio federativo, para que a Justiça viesse a ser integralmente nacional (...)". (*O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 65 e os grifos são do original).

[11] Curso de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 951. Convém destacar que, apesar de reconhecer tal unidade, o referido autor posiciona-se em sentido contrário, destacando a impossibilidade de evocar-se a unicidade do Poder Judiciário como justificativa para a implantação de um órgão de controle nacional, em razão da ofensa ao pacto federativo (idem, p. 1.020).

[12] "**3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional.** Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça". (excerto da ementa do acórdão proferido pelo STF na ADI n.º 3.367-DF, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17/03/2006, Informativo n.º 419).

Poderes da República, que não pode ficar afeto aos particularismos de cada um dos Estados da federação, sob pena de sua "ruptura", ainda que indireta.

Delineadas as premissas indispensáveis, podemos agora enfrentar a pergunta a que nos propusemos no início e provê-la da resposta adequada.

Não. Não poderia o CNJ editar a Resolução n.º 11/2006 para regrar a aplicação pelos tribunais do requisito da "atividade jurídica" em razão de que:

a) a norma constitucional veiculadora da expressão é dotada de eficácia limitada e, por isso, reclama edição de lei - em sentido estrito - para completar o seu sentido e que venha a estabelecer o seu conceito;

b) a edição da norma que irá estabelecer tal conceituação é da competência exclusiva da União, por meio do Congresso Nacional, o que impede o CNJ de normatizar administrativamente o assunto sem que a nova LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional seja editada;

c) as normas limitadoras dos direitos fundamentais – direito de exercício de profissão (art. 5º, inciso XIII, da CF/88) – e aquelas que veiculem impedimentos ao livre acesso aos cargos públicos por brasileiros (art. 37, inciso II, da CF/88) somente podem ser veiculadas por lei em sentido estrito e, mesmo assim, desde que observem o princípio da proporcionalidade.

IV. ATIVIDADE JURÍDICA: OMISSÕES DA RESOLUÇÃO DO CNJ E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Além do mais, a referida Resolução, além de invadir área reservada à competência legislativa privativa da União, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional, pecou por não prever aquelas situações em que o indivíduo que, apesar de bacharel em Direito, exerce atividade classificada como *incompatível* com o exercício da advocacia, nos termos do art. 28 da Lei n.º 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tais são, por exemplo: i) o caso de um Auditor de Tributos, cujas atribuições do cargo amoldam-se ao disposto no art. 28, inciso VII, do referido Estatuto; ii) o caso de um militar das Forças Armadas, graduado em Direito (art. 28, VI); iii) policiais (art. 28, V), dentre outros.

Ora, pretendendo submeter-se a um concurso para a Magistratura Nacional, as pessoas que ocupem tais cargos, e mesmo outros dos arrolados no referido dispositivo, ficarão na dependência da interpretação do art. 4º da Resolução n.º 11/2006, pois o mencionado dispositivo diz da necessidade de comprovação das atividades desempenhadas através de certidão que as especifique.

E pode ser que a Banca Examinadora entenda que as atividades desempenhadas pelo candidato não se amoldem ao conceito de atividade jurídica, apesar delas *serem* atividades estritamente jurídicas (lançamento de tributos, atuação em processos administrativos fiscais, elaboração de pareceres etc.)[13].

É que algumas daquelas situações de incompatibilidade não ensejam o exercício de atribuições estritamente jurídicas, se entendido o conceito de modo restrito: pense-se no Oficial das Forças Armadas que é bacharel em Direito desde 2001 (antes da publicação da EC n.º 45/2004) e que não trabalha no setor jurídico de sua corporação militar. Ficará ele impedido de submeter-se a um concurso público para cargos da Magistratura? Sua *experiência* (*rectius,* maturidade pessoal e profissional) como militar não será levada em conta, juntamente com o fato de submeter-se a um concurso dos mais difíceis e, mesmo assim, obter aprovação?

O mesmo se pode falar de um Agente da Polícia Federal, por exemplo. Como o cargo não é privativo de bacharel em Direito, mesmo que o indivíduo que o ocupe o seja, a se emprestar ao termo um conteúdo estreito, ele nunca terá cumprido a exigência, salvo se lograr provar que atuou, por exemplo, como escrivão *ad hoc*, durante três anos, pois as atribuições de investigação criminal e captura de indiciados e condenados não é, ao que parece, "atividade jurídica", em sentido estrito.

O que se tem, nas hipóteses de exercício de cargos incompatíveis com a advocacia, é uma flagrante desproporcionalidade e incongruência

---

[13] Como já ocorreu com o articulista no *XI Concurso para Provimento de Cargos de Juiz Federal Substituto da 1ª Região*, no ano de 2005, que, aprovado nas provas escritas, teve seu pedido de inscrição definitiva negado, segundo a Secretaria do concurso, em razão da natureza das atribuições do cargo não serem compatíveis com o exercício de "atividade jurídica", o que o forçou a manejar o mandado de segurança de Processo n.º 2005.01.00.069333-3, no qual, liminarmente lhe foi deferida a mencionada inscrição.

do próprio ordenamento jurídico: de um lado, ele impede que uma pessoa *habilitada tecnicamente* a exercer as funções de advogado – como o caso de quem foi aprovado no Exame de Ordem, mas não pode sequer requerer inscrição em seus quadros em razão da vedação legal – possa obter a necessária prática forense através do exercício regular dos ofícios advocatícios; do outro lado, a norma pretende exigir a comprovação de tal prática para que o mesmo indivíduo possa submeter-se a um concurso público de acesso a cargos da Magistratura Nacional.

Ou seja, a interpretação estrita da norma que criou a exigência da "atividade jurídica", sem que se leve em conta os casos de incompatibilidades previstas no próprio Estatuto da OAB, ensejará o absurdo de exigir de alguém ou o cumprimento de obrigação legalmente impossível, ou o afastamento do cargo que exerce, durante três anos, para poder assim exercer a advocacia e, desta forma, contar com o triênio mínimo.

Em outras palavras: aceitando-se a interpretação restritiva, haveria uma desproporcional limitação ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, uma vez que a restrição não seria apropriada a atingir os fins pretendidos pela norma[14], sendo de se esclarecer, ademais, que os ocupantes de cargos públicos não privativos de Bacharel em Direito, mesmo aqueles que exercem funções jurídicas de alta complexidade (Auditores, Policiais etc.), jamais poderiam tornar-se juízes, exceto se pedissem exoneração do cargo, o que configura, sob qualquer ótica, um enorme absurdo.

Por certo que o Supremo Tribunal Federal já tem jurisprudência pacífica sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. No entanto, aqui não é disso que se trata.

O que se questiona é se é proporcional e legítimo o ordenamento jurídico (a Lei n.º 8.906/94) impedir alguém que possui formação acadêmica para tanto, e foi aprovado no Exame de Ordem, de exercer a advocacia – a exceção dos cargos, empregos e funções públicos privativos de bacharel em Direito, única função que, não resta dúvida, satisfaz ao exigido pelo art. 93, inciso I, da CF/88, - e, ao mesmo tempo, exigir desta mesma pessoa que comprove tal exercício, negando-

[14] Selecionar as pessoas mais aptas ao exercício do ofício judicante.

lhe os meios de fazê-lo, sem que haja prejuízo para a própria manutenção de sua vida.

V. ATIVIDADE JURÍDICA: AMPLITUDE DO CONCEITO

Convém destacar, nesta quadra, que o conceito de "atividade jurídica" deve ser o mais amplo, pois se o constituinte quisesse restringi-lo às hipóteses de exercícios de cargos somente acessíveis a bacharéis em Direito, teria dito de maneira direta, posto que tal conceito (cargo privativo de bacharel em Direito) era – e é – de precisa definição e acessível ao constituinte reformador quando da publicação da EC n.º 45/2004.

No entanto, o constituinte preferiu ampliar a possibilidade de participação de indivíduos nos concursos para a Magistratura, exigindo deles não somente o grau de bacharel, indispensável de qualquer modo, mas inserindo um elemento novo: a experiência no trato com o Direito, que não é restrita só àqueles que ocupam cargos privativos de bacharéis, mas a todos aqueles que militam, de alguma forma, com as áreas jurídicas.

Apenas para reforçar essa tese, importa informar que na Proposta de Emenda à Constituição n.° 96-A, de 1992, que tratava da Reforma do Judiciário, a redação original que seria dada ao art. 93, I, da Constituição, no parecer da Deputada Zulaiê Cobra, exigia, por parte do Bacharel em Direito que pretendesse ingressar na carreira de magistrado, a comprovação do "exercício efetivo de, no mínimo, três anos de atividade privativa de bacharel em direito".

Porém, em sua redação final, o texto que resultou na Emenda Constitucional n.º 45/2004 passou a exigir "no mínimo, três anos de atividade jurídica", o que leva à obrigação de interpretar a norma posta de modo mais amplo possível[15], de modo a não violar um dos

[15] Opinando também pela conceituação de modo amplo do instituto, confira BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n.º 45*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 26-27; TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88. (Des) estruturando a Justiça. Comentários completos à emenda constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 67-69.

fundamentos da República: a acessibilidade dos cargos públicos aos seus nacionais, pelos critérios estabelecidos na Carta da República, sem limitações fundadas em critérios desigualadores ofensivos à isonomia e à proporcionalidade.

Poder-se-ia dizer que a escolha por uma ou outra carreira é livre ao indivíduo e, assim, aquele que ingressou em cargo incompatível com a advocacia tinha a opção de nele não ingressar, optando por outro compatível, se pretendia, no futuro, prestar concurso para a Magistratura.

Tal afirmativa pode ser verdadeira para aqueles que ingressaram num determinado cargo depois da publicação da EC n.º 45/2004, pois aí sim já sabiam, de antemão, quais as "regras do jogo" e das limitações criadas a partir dela. Não, porém, nos casos daquelas pessoas que já exerciam cargos incompatíveis com advocacia antes da publicação da referida Emenda, pois estes não tiveram escolha, visto que não poderiam simplesmente imaginar que, de uma hora para outra, além do impedimento legal a que estavam - e estão - sujeitos, o ordenamento jurídico passaria a rechaçar justamente as situações de impedimento por ele mesmo criadas, elegendo-a a conta de requisito para inscrição em concurso público.

VI. CONCLUSÕES

Assim, tem-se que a conduta do CNJ, conquanto explicável em razão da disparidade com que o assunto vinha sendo tratado pelos tribunais, cada um estabelecendo, apenas via edital, o que entendia ser "atividade jurídica", afrontou a Constituição, especialmente a separação dos poderes - por usurpar competência exclusiva do Congresso Nacional - e as regras de competência legislativa - por pretender regrar via ato administrativo aquilo que somente a lei em sentido estrito poderia fazê-lo.

Além do mais, ao não prever as hipóteses daquelas pessoas que se vêm na contingência de serem bacharéis em Direito, mas não poderem, em razão do cargo que ocupam, exercerem a advocacia, descumpriu a regra de proporcionalidade implícita na ordem jurídica constitucional brasileira.

Arrematando o que dissemos, tem-se que somente com o advento da nova LOMAN teremos o regramento correto e seguro – esperasse

– do novo instituto, de modo a espancar as dúvidas e incertezas na sua aplicação, além de promover o respeito à supremacia e à força normativa[16] da Constituição Federal, vulnerada pela Resolução n.º 11/2006 do CNJ.

Além do que, esperasse ainda que a nova LOMAN contemple a questão das pessoas que exercem atividades incompatíveis com a advocacia e não ocupam cargos privativos de bacharéis em Direito, como meio de concretizar o princípio da igualdade dispensando-os da comprovação de tal requisito ou admitindo que o tempo de exercício de cargo incompatível seja computado como "atividade jurídica"[17].

Como os tribunais do país, por certo, aplicarão a referida resolução, mesmo diante de sua patente inconstitucionalidade, àqueles que se virem impedidos de participar de concursos públicos para provimento de cargos da Magistratura Nacional com base na Resolução do CNJ só restará um remédio: ajuizar demanda de mandado de segurança contra quem de direito – normalmente o presidente da banca examinadora, que, regra geral, vem a ser um desembargador do tribunal promotor do certame – a fim de buscar a declaração *incidental* da inconstitucionalidade da previsão editalícia fundada naquele ato administrativo, pedir o afastamento do óbice e a efetivação da inscrição no concurso.

Oxalá venha logo a nova LOMAN.

---

[16] Sobre a força normativa da Constituição, confira HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. E, para um melhor entendimento dos argumentos do autor, confira também LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. . 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, uma vez que a primeira é explicitamente crítica da segunda.

[17] Tal permissão não é esdrúxula, embora possa parecer, pois ela ocorre, por exemplo, com os juízes em relação aos quais, por não poderem se filiar a partido político enquanto não afastados do cargo em caráter definitivo, a legislação eleitoral dispensa a prova de filiação partidária há pelo menos um ano antes do pleito como condição de elegibilidade (Cf. Resolução n.º 19.988, do Tribunal Superior Eleitoral, proferida em 07/10/1997, em resposta à Consulta n.º 354), disponível no *site* www.tse.gov.br).

VII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES MOREIRA, João Batista. *Direito administrativo. Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MAUÉS, Antonio G. Moreira (organizador). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (coordenadores). *Reforma do judiciário analisada e comentada. Emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Método, 2005.