

Revista
ESMAFE

Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região

TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 8 – 2004

EDITORIA
**SECRETARIA EXECUTIVA DA ESMAFE – 5a.
Humberto Vasconcelos – Secretário Executivo
Nancy Freitas – Supervisora**

IMPRESSÃO
**Indústrias Gráficas Barreto Limitada
Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada
52041-430 - Recife - PE
graficabarreto@zaz.com.br**

TIRAGEM
1.000 exemplares

CAPA
André Gonçalves Garcia

**REVISTA ESMAFE – 5a.
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO
RUA DO BRUM, 216 – BAIRRO DO RECIFE
50030-260 – RECIFE – PE
esmafe@trf5.gov.br**

REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da
5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 8. Dez. 2004.
314p.ena, Clério Cezar Batista, 1972-

1. O DIREITO ADQUIRIDO. 2. EFEITOS DA
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI. 3. A REFORMA
PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA. 4. ADMINISTRAÇÃO
JUDICIÁRIA. 5. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

CDU 34 (81)
CDD 340

PeR-BPE

**ESCOLA DE MAGISTRATURA
FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

DIRETORIA

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Diretor
Desembargador Federal**

**JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Vice-Diretora
Juíza Federal**

CONSELHO EDITORIAL

**Des. Federal Ridalvo Costa
Des. Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria
Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO

DESEMBARGADORES FEDERAIS

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI
Presidente

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Vice-Presidente

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Corregedor Regional

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
Diretor da Revista

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Diretor da ESMAFE

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

Sumário

Editorial	7
O Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais	9
<i>Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria</i>	
Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei	23
<i>Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas</i>	
A Reforma Previdenciária Brasileira (Emenda Constitucional 41, de 9.12.2003) e o Direito Adquirido. O Conteúdo das Regras de Transição e seus Destinatários	43
<i>Juíza Federal Germana de Oliveira Moraes</i>	
Administração Judiciária	53
<i>Juiz Federal Alexandre Costa de Luna Freire</i>	
A Relativação da Coisa Julgada e o Art. 741, Parágrafo Único, do CPC ...	67
<i>Juiz Federal Tarcísio Barros Borges</i>	
Direito Adquirido e Leis de Ordem Pública	117
<i>Juiz Federal Frederico Dantas</i>	
Metamorfoses nos Conceitos de Direito e de Soberania. O Princípio da Complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição	137
<i>Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz</i>	
Contratações no Serviço Público por Excepcional Interesse Público: A Previsão do Inciso IX, do Art. 37, da Constituição Federal - Considerações Atuais e Relevantes	163
<i>Procurador Federal Flávio Roberto Ferreira de Lima</i>	
Discrecionariiedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial	177
<i>Doutor Andreas J. Krell</i>	
Da Impossibilidade de Adoção da Deslegalização como Fundamento à Competência Normativa das Agências Reguladoras Brasileiras	225
<i>Bacharela Maria Carolina Scheidgger Neves</i>	

Princípios do Direito Processual (Uma Abordagem Especial Quanto aos
Princípios Inspiradores dos Juizados Especiais e à Questão da
Subsidiariedade) 243
Professora Luciana de Medeiros Fernandes

EDITORIAL

O número 08 da Revista da ESMAFE.5ª é o terceiro a ser editado em 2004. Pela primeira vez, foi atingida a periodicidade quadrimestral projetada quando do lançamento deste periódico. Este feito não é aleatório, mas é fruto de um trabalho de planejamento que figurou como uma das metas da atual administração da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Doravante, garantido o ritmo de produção ideal, haverá três números por ano, e alcançado estará um dos principais objetivos da Revista, que é o de oferecer ensejo de divulgação regular à produção cultural de magistrados federais e membros da comunidade jurídica regional.

Como a Revista, também outros setores da atividade da ESMAFE.5ª lograram sucesso neste ano de 2004. Entre outras atividades, foram instalados os Núcleos Seccionais em todas as Seções Judiciárias e o Núcleo de Cursos Isolados, providências que deram maior consistência às atividades da Escola, no rumo de sua autonomia.

O mês de maio foi marcado por uma atividade de grande êxito – o II Encontro Regional de Juízes Federais da 5ª Região. Realizado no Summerville, Resort localizado no litoral sul de Pernambuco, congregou um número expressivo de magistrados que, durante três dias, discutiram uma pauta integrada por temas de grande atualidade para a magistratura brasileira. Um dos marcos desse II Encontro foi a inclusão da atividade no calendário permanente da ESMAFE, que o repetirá a cada dois anos.

Nos Núcleos Regionais, já é grande a pauta de realizações, algumas repercutindo a atividade da Escola e outras de iniciativa dos próprios Núcleos. Podem ser mencionadas atividades como a Quinta Jurídica, evento já integrado ao calendário do Tribunal Regional Federal e da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que se estenderá às demais seccionais nos próximos meses; e uma articulação mais agressiva da Escola e seus Núcleos com institutos de cursos superiores, visando ao oferecimento de cursos de extensão a magistrados e servidores da Justiça Federal. Neste particular, tem relevância o protocolo que está em vias de ser firmado entre a Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, por seu Núcleo Seccional de Sergipe, e a Universidade de Buenos Aires.

Por iniciativa da própria ESMAFE.5ª, está em fase de conclusão a estruturação de dois cursos de pós-graduação: A Gestão Administrativa dos Órgãos do Poder Judiciário e o Curso de Especialização em Direito Público. O primeiro desses cursos poderá ter início ainda em 2004.

A par das atividades acadêmicas, a ESMAFE.5ª iniciou seu calendário de atividades culturais, valorizando o bem cultural da Região, através de recitais nas Quintas Jurídicas e nos encontros e simpósios que coordena. Lançada no Recife, no mês de outubro, a exposição “Todos Cantam Sua Terra”, coleção de fotografias que revelam as nossas cidades e textos da literatura de inspiração urbana. A exposição migrará para todos os Núcleos Seccionais, exibindo o que há de mais representativo em cada uma das cidades onde se localizam.

O ano se encerra com a realização de dois eventos simultâneos, o I Encontro Nacional de Diretores de Escolas de Magistratura Federal e o I Encontro Regional de Diretores dos Núcleos Seccionais da ESMAFE.5ª. Desses eventos, dará notícia pormenorizada o próximo número desta Revista.

Recife, dezembro de 2004.

A EDITORIA

O DIREITO ADQUIRIDO E AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Des. Federal do TRF - 5ª Região

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Poder Constituinte; 2.1. A teoria de Sieyès; 2.2. Espécies; 2.3. Titularidade e Exercício; 2.4. Poder de Reforma - Espécies; 2.5 Emendas à Constituição; 3. Do Direito Adquirido; 3.1. Conceito; 3.2. O Direito Adquirido nas Constituições Federais Brasileiras; 3.3. O Direito Adquirido e o Poder de Reforma; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Nos idos de 1997, quando cursei o Mestrado em Direito na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, fui provocado pelo meu ilustre Professor Ivo Dantas a elaborar um estudo acerca do Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais.

Àquela época estavam em tramitação as denominadas reformas administrativa e previdenciária (esta, a primeira delas), que terminaram sendo aprovadas através das Emendas Constitucionais de nºs 19/98 e 20/98, respectivamente.

Em face do grande universo de pessoas atingido, uma das questões mais suscitadas dizia respeito ao direito adquirido, diante da pergunta se a garantia poderia ser invocada contra as emendas constitucionais.

Anos se passaram e, diante da continuidade das reformas em nossa Carta Magna, a questão continua atual, sendo o momento de retomá-la.

O tema do direito adquirido, mormente no aspecto que se pretende enfatizar, diante das emendas constitucionais, não pode deixar de ser examinado juntamente com o Poder Constituinte, motivo pelo qual esse tópico também será alvo de análise no decorrer do trabalho.

2. PODER CONSTITUINTE

2.1. A TEORIA DE SIEYÈS

Em breves palavras, o Poder Constituinte pode ser definido como o poder de elaborar uma Constituição.

Os primeiros escritos acerca da matéria foram antecedentes, poucos meses, à deflagração da Revolução Francesa. Coube ao abade Emmanuel Sieyès, através do panfleto *Qu'est-ce que le tiers état?*, introduzir as lições iniciais acerca da teoria que se formava.

Cumpre, todavia, renovar a advertência feita por Paulo Bonavides (*in Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 120), no sentido de que não se deve confundir o Poder Constituinte com a sua teoria.

Com efeito, aquele sempre existiu em toda a sociedade política. A teorização para legitimá-lo, no entanto, apenas surgiu no final do século XVIII, exatamente a partir da monografia acerca do Terceiro Estado.

De acordo com a doutrina clássica de Sieyès, o Poder Constituinte é inicial, autônomo e incondicionado. Inicial em razão de que não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. Autônomo em função de que somente a ele compete decidir se, como e quando deve se outorgar uma Constituição à Nação. É incondicionado porque não está subordinado a qualquer regra.

Ao revés das características que denotam o Poder Constituinte, os poderes constituídos são limitados e condicionados, sendo que suas organizações e atribuições são fixadas de acordo com a Constituição.

As distinções entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos são de extrema importância para se pesquisar a existência de mais de uma espécie do primeiro, o que será objeto de análise no tópico seguinte.

2.2. ESPÉCIES

Ainda nos tempos de hoje, é comum encontrar na doutrina a divisão do Poder Constituinte em originário e derivado.

O primeiro seria encarregado de produzir, de forma primitiva, o texto da Constituição, enquanto o segundo seria utilizado por ocasião de sua reforma.

A produção originária se dá na hipótese da primeira Constituição de um Estado ou no caso de modificação revolucionária da ordem jurídica, quando não há continuidade do ordenamento constitucional anterior. Já a derivada ocorre nas hipóteses de necessidade de alteração da Lei Maior, em face de modificações existentes na sociedade¹, a exigirem uma correspondente mudança na Carta, de acordo com as normas previamente ditadas, que limitam e condicionam o exercício desse poder.

Com base nos elementos que tipificam as “espécies” estudadas, já se pode vislumbrar a impropriedade técnica de se considerar o Poder de Reforma como um “Poder Constituinte” Derivado.

Ora, o Poder Constituinte, como já exposto, é inicial, autônomo e incondicionado, características estas que não se encontram presentes no exercício de reforma de uma Constituição.

Assim, conforme conclui J. J. Gomes Canotilho (*in Direito Constitucional*, 6ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 95), “**o poder de revisão constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo**. Verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, ‘uma paródia do poder constituinte verdadeiro’”. (Grifei).

Não é outra a lição de Ivo Dantas (*in Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 5): “... **confundem-se os conceitos de Poder Constituinte e de Poder de Reforma, este último, às vezes, impropriamente denominado de Poder Constituinte Derivado e contraposto ao Poder Constituinte Originário**. Esclarecidos, entretanto, os dimensionamentos conceituais de ambos, ver-se-á que, enquanto o primeiro não conhece em sua manifestação ‘limitações jurídico-positivas’, o segundo, ao contrário, não poderá livrar-se de balizamentos jurídicos previamente estabelecidos, o que explica, de forma incontestante, a aplicação do controle de constitucionalidade à obra que pelo Poder Reformador vier a ser produzida.” (Grifei).

Demonstrada, pois, a inadequação da divisão do Poder Constituinte em originário e derivado, a denominação em pauta será utilizada, neste trabalho,

¹ como também, muitas vezes, em face dos diferentes interesses dos governantes, que procuram moldar a Constituição de acordo com os seus planos de administração.

exclusivamente com relação ao poder constituinte efetivamente existente, enquanto a faculdade de se alterar a Constituição passará a ser tratada como “Poder de Reforma”.

2.3. TITULARIDADE E EXERCÍCIO

A titularidade do Poder Constituinte variou de acordo com a ideologia reinante em cada época e com o regime de governo então adotado.

Para os países que adotam o regime autocrático, o titular será uma minoria. Ao contrário, nas democracias, o Poder Constituinte pertencerá ao povo.

Na nossa Nação, que já conviveu com os dois tipos de regime, a titularidade do poder pertence ao povo, tendo sido exercido, durante a elaboração da última Carta, promulgada em 1988, através de uma Assembléia Constituinte.

Deveras, é esse ente coletivo, cujos integrantes são normalmente eleitos pelo povo, que costuma exercer o Poder Constituinte.

“Tal agente, exatamente por não ser o titular do Poder, edita uma obra que vale como Constituição na medida em que conta com a aceitação do titular. Esta aceitação é presumida sempre que o agente é designado pelo titular para estabelecer a Constituição, como ocorre quando uma Assembléia Constituinte é eleita. Ou é aferida posteriormente, seja expressamente quando a Constituição é sujeita à manifestação direta do povo (*referendum*) ou tacitamente quando posta em prática vem a ganhar eficácia”, nos termos do magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*in Curso de Direito Constitucional*, 20ª edição, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 22).

No Brasil, o titular do Poder de Reforma também é o povo, sendo exercido através de seus representantes.

2.4. PODER DE REFORMA - ESPÉCIES

A Constituição em vigor prevê duas formas de manifestação de reforma de seu texto. A primeira se encontra contida no art. 60, que cuida do processo de emenda. Já a segunda trata da revisão constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A revisão, programada para ser realizada cinco anos após a promulgação da Lei Ápice, através de um procedimento legislativo mais simples, pelo voto da

maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, já se ultimou, trazendo pouquíssimas alterações no Texto², durante o ano de 1994.

Para o presente ensaio, crescem em importância, pois, as reformas a serem implementadas por intermédio das emendas, o que justifica o seu estudo em item apartado, logo a seguir.

2.5. EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

A Carta Magna, em seu art. 60, **caput**, incisos I a III, estabelece a quem cabe a iniciativa de emendá-la: a) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) o Presidente da República; c) mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus integrantes.

Como se pode observar, são duas as novidades no tocante ao Texto de 67/69: 1ª) a emenda pode ser promovida por apenas um terço dos membros de qualquer das Casas, não havendo mais a necessidade de tal **quorum** na Câmara e no Senado, como dispunha o art. 47, inciso I, § 3º; 2ª) restabeleceu-se a iniciativa dos legislativos estaduais, anteriormente contida na Constituição de 1891 (art. 90, § 1º).

Por sua vez, a Constituição em vigor disciplina limitações temporais ao poder de emenda, uma vez que ela não poderá ser alterada na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, § 1º), nem tampouco poderá haver, na mesma sessão legislativa, renovação de proposta cuja matéria tenha sido rejeitada ou considerada prejudicada (§ 5º).

O processo legislativo a ser observado se encontra disposto no § 2º, do citado art. 60, determinando que a proposta seja discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, cabendo a promulgação da emenda às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o correspondente número de ordem (§ 3º).

Há ainda as restrições de ordem material, sendo vedada a proposta de emenda tendente a abolir (art. 60, § 4º): I) a forma federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; IV) os direitos e garantias individuais.

² Foram, ao todo, promulgadas seis emendas constitucionais de revisão.

As limitações em pauta constituem as chamadas cláusulas pétreas, dentre as quais se insere o direito adquirido, na condição de garantia individual (art. 5º, inciso XXXVI, CF), daí porque ganha relevo a indagação: As emendas constitucionais podem violar o direito adquirido? A resposta a esta questão constitui o cerne principal principal deste esboço e deverá ser discorrida nas linhas seguintes.

3. DO DIREITO ADQUIRIDO

3.1. CONCEITO

A doutrina clássica, apoiada em Duguit (**apud** Ivo Dantas, ob. cit., p. 2/3) já registrava a dificuldade na definição do que venha a ser direito adquirido.

Inobstante, não se pode começar a desenvolver um tema sem traçar os seus contornos.

Assim, apesar dos obstáculos, os estudiosos do direito não esmoreceram, no afã de encontrar o melhor conceito para o instituto.

Referência sempre mencionada no estudo da matéria, o italiano Gabba lança a seguinte definição: “é adquirido todo direito que - a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que - b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” (**apud** R. Limongi França, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, 3ª edição, São Paulo, RT, 1982, p. 50).

No Direito Brasileiro, a questão não pode ser estudada sem a leitura da obra de R. Limongi França (ob. cit., p. 208), para quem o direito adquirido “é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto”.

Já José Afonso da Silva (**in** *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1990, p. 374) assim leciona: “Para compreendermos melhor o que seja direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava... **Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direi-**

to adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando lhe conviesse. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato do titular não o ter exercido antes. “ (Grifei).

Não se pode olvidar que o legislador também cuidou da questão, no § 2º, art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.42): “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Em resumo, direito adquirido é aquele que, já integrante do patrimônio de seu titular, pode ser exercido a qualquer momento, não podendo lei posterior, que tenha disciplinado a matéria de modo diferente, causar-lhe prejuízo.

3.2. O DIREITO ADQUIRIDO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

De certo modo, as Constituições Brasileiras sempre trataram do tema, com exceção da Carta de 1937, que nada dispunha sobre o assunto, havendo a edição de leis retroativas durante a sua vigência.

Com apoio no escólio de Raul Machado Horta (*in Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1995, p. 274/276), constata-se que o tratamento constitucional da matéria pode ser destacado em dois períodos. No primeiro, consagra-se o princípio da irretroatividade ampla das leis, sendo o direito adquirido um preceito reflexo daquele, posteriormente disciplinado na legislação ordinária. Foi o que se observou nas Cartas de 1824 (art. 179, § 3º) e de 1891 (art. 11, § 3º). No segundo, a irretroatividade foi absorvida pelo direito adquirido, que passa expressamente a ser inscrito como princípio constitucional, conforme se verifica nos Textos de 1934 (art. 113, § 3º), 1946 (art. 141, § 3º), 1967/69 (art. 153, § 3º) e de 1988, alhures já mencionado (art. 5º, inciso XXXVI).

Dessa forma, com exclusão da Constituição Polaca de Vargas, todas as outras protegeram, de forma implícita ou explícita, o direito adquirido, revelando a deferência com que o constituinte sempre cuidou do assunto.

3.3. O DIREITO ADQUIRIDO E O PODER DE REFORMA

Antes de se adentrar no âmago do tema a ser investigado, necessário se faz examinar, de modo preliminar, a questão do direito adquirido em face da Constituição.

As próprias características do Poder Constituinte - o poder de elaborar uma Carta Magna, nos termos já expostos, evidenciam que o instituto não pode ser invocado perante uma nova ordem jurídica constitucional.

Deveras, o fato de ser inicial, autônomo e incondicionado denota que tal poder não tem limites no âmbito do Direito Positivo, podendo alcançar situações pretensamente resguardadas pelo direito adquirido.

A matéria parece não suscitar controvérsias.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em conferência proferida no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 11.06.97, publicada sob o título *Poder Constituinte e Direito Adquirido - Algumas Anotações Elementares*, na Revista dos Tribunais, Doutrina Civil, São Paulo, RT, vol. 745, 1997, p. 21, já assim se manifestava: “...Mas a retroatividade não é vedada à norma constitucional oriunda do Poder originário. Com efeito, dada a sua inicialidade, ou melhor, dada a inexistência de limitação jurídica que a proíba, pode ela colher fatos a ela anteriores. Em conseqüência, pode dar-lhes caráter (lícito ou ilícito) diferente do que tinham na ordem jurídica anterior. Igualmente pode pôr termo a direitos adquiridos.”

O Professor Ivo Dantas, mais uma vez lembrado em sua festejada obra já referida (p. 58/59), posiciona-se: “Já dissemos que um texto constitucional é resultado de um Hiato Constitucional, vale dizer, de um processo revolucionário. Não se vincula a nenhum preceito jurídico-positivo que lhe seja anterior, muito embora, também nesta hipótese, os valores sociais e o Direito Natural funcionem como limitações ao exercício do Poder Constituinte. Por isto, e em conseqüência, **poderia a nova Constituição desconstituir direitos adquiridos tal como aconteceu com a atual Constituição de 1988**. Entretanto, neste caso - e já o dissemos -, há um pressuposto de ordem formal: a ressalva do não respeito aos direitos adquiridos com fundamento da Constituição anterior terá que vir expressa, não podendo ser objeto de meras deduções interpretativas”. (Grifei).

A advertência final do consagrado Mestre guarda relevância, pois, no Direito indígena, são escassos os casos de embate entre as Cartas Políticas e os direitos adquiridos. Ademais, a nova Constituição normalmente recebe as leis que não lhe são contrárias, o que justifica a necessidade da explicitação, para que não haja dúvidas.

A propósito, é válido transcrever a lição de Raul Machado Horta (ob. cit., p. 281): “A Constituição, por decisão soberana do constituinte originário, poderá revogar o direito adquirido, da mesma forma que revoga as leis anterio-

res incompatíveis. Como a sucessão constitucional do Brasil não se opera por mudanças violentas e se faz acompanhar da continuidade no tempo das leis anteriores, os casos de conflito entre a Constituição e o direito adquirido serão reduzidos, quando não raros. Em nosso sistema, a Constituição é fonte protetora do direito adquirido, sobrepondo-o à lei.”

No âmbito jurisprudencial, o assunto é, também, pacífico, restando consagrado pelo Pretório Excelso que “não pode haver direito adquirido contra preceito expresso da Constituição”.

A regra seria a mesma no que se refere às emendas constitucionais, no exercício do Poder de Reforma?

A resposta negativa merece prevalecer.

A Carta de 88 inscreve, em seu art. 5º, inciso XXXVI, o direito adquirido como uma garantia individual.

Por sua vez, os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos através de emenda (art. 60, § 4º, CF), demonstrando, de forma clara, a impossibilidade do Poder de Reforma violar tal preceito.

Os que defendem posicionamento contrário, argumentam que o direito adquirido não pode ser prejudicado por “lei”, de acordo com o preceito constitucional, o que excluiria a emenda.

Ora, o vocábulo lei é aí empregado no seu sentido amplo, englobando todas as modalidades de legislação, a partir das emendas.

Ademais, não se pode esquecer que o Poder de Reforma é um poder constituído, limitado, e, como tal, deve respeitar as diretrizes traçadas pelo Poder Constituinte. Se este estabeleceu a proteção ao direito adquirido, como se admitir que, posteriormente, na vigência do mesmo ordenamento jurídico constitucional, sem que tenha havido qualquer processo revolucionário de mudança, a própria Carta Política, através de uma emenda, venha a violar o preceito que ela mesmo resguardou? Seria, no mínimo, um contra-senso.

Transportando tais considerações para as constantes reformas constitucionais, dúvidas não podem restar no sentido de que, aqueles que já integraram o direito ao seu patrimônio, ainda que não tenham exercido a vantagem, estão protegidos sob o manto do art. 5º, inciso XXXVI, CF.

É esse o entendimento que vem prevalecendo no campo doutrinário.

Em artigo conjunto, Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho (*in Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, vol. 202, p. 80) assim se expressam: “Em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito ad-

quirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no ‘processo legislativo’, sem exclusão das emendas”.

Sérgio de Andréa Ferreira (*in O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais*, Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, vol. 334, p.198) afirma: “Foi a própria CF de 1988 que, quando quis excepcionar, teve de fazê-lo expressamente, ao estatuir, no art. 17 do ADCT, que não se admitia, no caso nele previsto, invocação de direito adquirido. Se isso ocorresse, não haveria necessidade de ressalva. Mas essa exclusão, questionável mesmo em uma nova Constituição, é intolerável em se tratando de mera emenda constitucional.”

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*in Poder Constituinte ... cit.*, p. 25) “ninguém negará ser a norma constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição uma garantia, garantia essa da segurança das relações jurídicas. Conseqüentemente ela não poderá ser abolida pelo Poder Constituinte derivado (Poder de Reforma)”.

Já o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em artigo dedicado ao tema, publicado em sua obra *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte, 1994, p. 448/449, lança a seguinte conclusão: “... um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente, pela Constituição”.

Raul Machado Horta (*ob. cit.*, p. 281/282) ensina: “Ao incluir no rol da matéria vedada ao poder constituinte de revisão a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a Constituição transformou o Título II da Constituição, que abrange os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (art. 5º, I a LXXVII) no seu núcleo irreformável e, por isso, inatingível pelo Poder de Emenda. Nessa irreformalidade, encontra-se o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido (art. 5º, XXXVI). O poder constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do poder constituinte de revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta a arguição de inconstitucionalidade.”

Ivo Dantas (*ob.cit.*, p. 61/62) expõe idêntica conclusão, destacando que “quando se fala em Emenda Constitucional, esta é manifestação de um Poder Constituído - Poder de Reforma -, integrando, nos termos do art. 59 (CF, 1988),

o Processo Legislativo e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa deste mesmo texto (art. 60, § 4º).”

Destarte, apesar da existência de vozes abalizadas em contrário, como a de Hugo de Brito Machado (v. *Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, vol. 714, p. 19-26) observa-se que a doutrina vem sedimentando a exegese segundo a qual há direito adquirido em relação à emenda constitucional.

Em caso de violação ao princípio, caberá, pois, ao prejudicado se socorrer do Poder Judiciário, sendo certo que, na hipótese da emenda afrontar o direito adquirido, estará sujeita ao controle da constitucionalidade, conforme posição já albergada³ na Corte Suprema, no julgamento das ADIN's de n°s 926-5/DF e 939-7/DF, que tratavam do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras - IPMF.

4. CONCLUSÃO

Em face do estudo realizado, podem-se apontar as seguintes ilações:

- a) a teorização do Poder Constituinte - poder de elaborar uma Constituição - surgiu a partir do final do século XVIII, através do panfleto *Que é Terceiro Estado?*, de autoria do abade Emmanuel Sieyès, às vésperas da Revolução Francesa;
- b) as características básicas desse poder são três: 1) é inicial, em razão de que não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder; 2) é autônomo em função de que somente a ele compete decidir se, como e quando deve se outorgar uma Constituição à Nação; 3) é incondicionado porque não está subordinado a qualquer regra;
- c) os elementos indicados não se fazem presentes no processo de alteração de uma Carta Política, pois muitos são os limites a serem observados, havendo, no caso, o exercício de um poder constituído - o Poder

³ A possibilidade de existência de normas inseridas na Carta Magna estarem evitadas do vício da inconstitucionalidade, reconhecida pelo Supremo, consagrou a posição que parcela da doutrina já vinha, há muito, defendendo.

- de Reforma, sendo inadequada a denominação deste como “Poder Constituinte Derivado”;
- d) nas democracias, a titularidade do Poder Constituinte cabe ao povo, sendo normalmente exercida através de uma Assembléia Constituinte, eleita para tal finalidade, como ocorreu durante os trabalhos da Carta de 88;
 - e) no Brasil, há previsão do Poder de Reforma ser exercido através da revisão constitucional, iniciada cinco anos após a promulgação da Lei Ápice (art. 3º, ADCT) e já concluída, havendo, ainda, a possibilidade de mudanças através das emendas constitucionais, disciplinadas no art. 60 da Constituição;
 - f) direito adquirido é aquele que, já integrante do patrimônio de seu titular, pode ser exercido a qualquer momento, não podendo lei posterior, que tenha disciplinado a matéria de modo diferente, causar-lhe prejuízo;
 - g) com exclusão da Constituição Polaca de Vargas (1937), todas as outras protegeram, de forma implícita ou explícita, o direito adquirido, revelando a deferência com que o constituinte sempre cuidou da matéria;
 - h) o Poder Constituinte não tem limites no âmbito do Direito Positivo, de modo que a Constituição pode alcançar situações pretensamente resguardadas pelo direito adquirido;
 - i) diferente é a regra no que se refere ao poder constituído - Poder de Reforma -, pois o princípio do direito adquirido constitui uma garantia individual (art. 5º, XXXVI, CF) e, como tal, encontra-se protegido na condição de cláusula pétrea, expressa no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna, de forma que as emendas constitucionais não de respeitar o preceito;
 - j) em caso de violação ao princípio, caberá ao prejudicado se socorrer do Poder Judiciário, sendo certo que a emenda estará sujeita ao controle da constitucionalidade.

5. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO**, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1993.
- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição, São Paulo, Saraiva, 1990.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994.
- _____. *Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, vol. 7, p. 58-81.
- BRITO**, Carlos Ayres e **PONTES FILHO**, Valmir. *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 202, p. 81-87.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- DANTAS**, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1997.
- _____. *O Valor da Constituição - Do Controle da Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- _____. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª edição, São Paulo, Saraiva, 1993.
- _____. *Poder Constituinte e Direito Adquirido (Algumas Anotações Elementares)*. Revista dos Tribunais, Doutrina Civil, vol. 745, p. 18-26.
- FERREIRA**, Sérgio de Andréa. *O Princípio da Segurança Jurídica em face das Reformas Constitucionais*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, vol. 334, p. 191- 209.
- FRANÇA**, R. Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 3ª edição, São Paulo, RT, 1982.

- HORTA**, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- LOEWENSTEIN**, Karl. *Teoria de La Constitucion*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1965.
- MACHADO**, Hugo de Brito. *Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, vol. 714, p. 19-26.
- MIRANDA**, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- NOVELLI**, Fábio Bauer. *Norma Constitucional Inconstitucional?* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 199, p. 21-57.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1990.
- SLAIB FILHO**, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- TEMER**, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 1992.
- VELLOSO**, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

**EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI
(A Questão da repristinação da lei que revogou disciplina
legal anterior e que ela própria foi afastada por
inconstitucional)**

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Desembargador Federal do TRF - 5ª Região

1. Introdução; 2. Os sistemas de controle de constitucionalidade; 3. O modelo brasileiro; 3.1. Controle Difuso; 3.2. O controle abstrato/concentrado; 4. Os efeitos da inconstitucionalidade, no Brasil; 4.1. Controle abstrato/concentrado; 4.2 - Controle difuso; 4.3 – A questão da repristinação da lei que revogou lei anterior e que, posteriormente foi afastada, por inconstitucional; 5. Breves conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 58586/AL, em que são parte Destilaria Autônoma Porto Alegre Ltda e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, voltei a enfrentar questão a respeito da alegada vedação da repristinação, por lei posteriormente afastada por inconstitucional, a cujo respeito tinha procedido algumas anotações, com o propósito de escrever artigo a respeito. Ao responder gentil correspondência do Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, para colaborar com a edição da Revista da Escola de Magistratura Federal, brilhantemente dirigida por ele, lembrei-me dessa experiência, que resolvi aproveitar, para com os complementos utilizados na decisão que iria proferir no supramencionado agravo, atender ao convite, que tenho como verdadeira intimação, tal o apreço que me merece a convocação.

Já se observou que o homem tem porfiado por estabelecer um sistema de normas que se lastreiem em uma norma fundamental, de modo a estabelecer uma “hierarquia” para as leis e de garanti-la. Isso resulta da luta suprema do ser

humano para vencer o contingente, de modo a estabelecer-se que *as leis mudam, mas permanece a Lei*¹. Essa preocupação é mais antiga do que a sistematização promovida por HANS KELSEN² quando imaginou o ordenamento jurídico de forma piramidal, estruturado a partir de uma norma geral fundamental, identificada com a Constituição, muito embora esse autor concebesse a norma fundamental como aquela norma presente na consciência da comunidade jurídica regrada por determinada ordem jurídica, como suposto de que se deve respeitar e acatar as normas que a integram, correspondente ao imperativo categórico de KANT.

Inicialmente, essa tendência buscou amparo no ideário do jusnaturalismo. Assim, uma lei que se revelasse injusta não deveria ser obedecida por não se ajustar ao direito natural, imposto por Deus, como o ideal de justiça. A inconstitucionalidade da lei se revelava como uma afronta aos valores contemplados pelo direito natural. Superada a concepção do direito natural como algo vindo de fora do sistema jurídico, continuou o homem a buscar um referencial que pudesse servir de fundamento à consagração de valores que deveriam ser respeitados pelas normas, sob pena de perderem a validade.

Nesse sentido, JORGE MIRANDA observou que a inconstitucionalidade não deve ser vista apenas como uma sanção de invalidação da norma que contrarie o texto constitucional, por ir mais além, revelando-se como um mecanismo de garantia dos direitos, mediante o qual considera-se a invalidade de certas normas para que a eficácia garantística da Constituição seja reposta³.

Segundo MAURO CAPPELLETTI, isso se operou com a adoção de várias providências: em primeiro lugar, admitem-se as constituições modernas como normas prevalentemente “de valor” porque ainda que expressas em fór-

¹ - Cf. Mauro Cappelletti, “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, tradução ao vernáculo por Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, p. 09-15.

² - Segundo observa Carlos Blanco de Moraes, muito antes da existência do constitucionalismo e, pois, de haver-se concordado com a excelência da constituição como documento escrito que se queria permanente, já se destacava em vários países, entre os quais Portugal, a figura dos embargos de nulidade, opostos em juízo pelos particulares, contra atos normativos aprovados pela autoridade real, com violação das chamadas “Leis Fundamentais”, ou de “jus superior”, sobretudo quando tais atos normativos se mostrassem lesivos aos seus direitos e privilégios. Cf. “Justiça Constitucional”, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Coimbra Editora, 2002, p. 325.

³ - Cf. “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, Coimbra Editora, 1996, reimpressão, p. 13.

mulas necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas, tem-se que a Constituição define uma tábua de valores que rege determinada sociedade e que por isso devem ser respeitados. Depois, se busca atribuir um caráter rígido a essa Constituição. Em terceiro lugar, surge a grande novidade, busca-se transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas consagradas na Constituição e a inefetividade daquela prevalência, numa efetiva, dinâmica e permanente “concretização” desses valores, através da obra de um intérprete qualificado: o juiz constitucional (*Hüter der Verfassung*)⁴.

Assim, desenvolveu-se um controle – ou, como preferem os lusos, uma fiscalização – da constitucionalidade das leis, cujo exame, ainda que sumário, se torna obrigatório, para apurar-se os efeitos que produz a inconstitucionalidade.

2. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É comum resumir-se o controle de constitucionalidade das leis ao sistema político e ao sistema jurídico, subdividindo-se este último no controle difuso e/ou abstrato, reservado este último a um Tribunal Constitucional⁵.

O sistema de controle político é o que, em lugar de atribuir o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, prefere cometê-lo a outro poder de natureza política, como o Parlamento, na forma existente na Inglaterra⁶, onde a constituição é flexível ou a um órgão de natureza especialmente criado para esse

⁴ - Idem, ibidem.

⁵ - Há várias classificações a respeito, impossível de serem todas mencionadas no corpo de um artigo destinado a examinar, sumariamente, a problemática dos efeitos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade. José Alfredo de Oliveira Baracho fez referências a alguns, do que ressaltou a alusão à classificação de Marcelo Caetano: controle exercido por órgão político comum, por órgão político especial, por órgão jurisdicional especial; ou – por fim, por órgão jurisdicional comum (Manual de Ciência Política e Direito constitucional, Tomo I, p. 346 e s) e Georges Duverger, para quem havia um controle pelo corpo político, controle por um juiz ou ausência de controle (Cours de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Le Cours de Droit, 1956-1957, Paris, p. 183). Cf. “Processo Constitucional”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 169. Jorge Miranda, por sua vez, para ficarmos só nesses autores, resume o que considera como modelos de fiscalização aos seguintes: 1º - modelo de fiscalização política, centrado no exemplo francês, profundamente ligado ao dogma do constitucionalismo daquele país; 2º - modelo de fiscalização judicial (judicial review), com origem nos Estados Unidos, em 1803; e o 3º - modelo de fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional, de matriz austríaca, por ter como paradigma o tribunal criado pela Constituição austríaca de 1920, sob inspiração de Hans Kelsen. Cf. “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade – Coimbra Editora, 1996, 3ª ed. (reimpressão), p. 381.

⁶ - Nesse sentido, Oswaldo Luiz Palu, “Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 93.

fim, como o Conselho Constitucional francês, muito embora se defenda que modernamente se aproxima do sistema jurídico, havendo alguns autores que o identifiquem como Corte Constitucional⁷.

Nada obstante, não se revela como um genuíno Tribunal Constitucional, porque não apresenta os traços nítidos de um órgão jurisdicional⁸. Como assinala em outro artigo publicada por esta mesma revista (nº 7., agosto 2004, p. 109-125), pois se apresenta “... como uma justiça constitucional, particular, original, na medida em que aprecia matérias constitucionais despreocupado ou alheio à aplicação da regra constitucional em sentido estrito. É uma justiça constitucional de feitio único e específico porque os litígios que lhe são atribuídos para decidir se sobrepõem aos problemas constitucionais” (Cf. ob cit. p. 114).

Ademais, como assinala no mesmo artigo e no mesmo local, o Conselho Constitucional não exercita o controle difuso da lei – e se pudesse dizer, só por isso que esse tipo de controle não integra a jurisdição constitucional exercida por um verdadeiro Tribunal Constitucional – tal conclusão não se compadece com a atuação do Conselho de Estado que, por sua vez, esse tipo de controle.⁹

O verdadeiro sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, pelo contrário, é atribuído apenas e tão somente aos Tribunais, ou ao Poder Judiciário, como um todo e compreende, por sua vez, várias espécies.

Muito embora esse tipo de controle tenha sido identificado com cabível apenas e tão somente nos países onde existem constituições rígidas¹⁰, C. A. LÚCIO BITTENCOURT observou, em obra clássica, que isso não correspon-

⁷ - Como o fez Louis Favoreu, na obra “Los Tribunales Constitucionales”, tradução ao espanhol da obra “Les Cours Constitutionnelles”, por Vicente Villacampa, Editorial Airel S/A, Barcelona, 1944, p. 27-35.

⁸ - Carlos Blanco de Moraes assinala que o Conselho de Estado é tido como um órgão que exercita o controle de constitucionalidade, numa visão mais ampla da jurisdição constitucional, onde predomina o controle preventivo. Cf. “Justiça Constitucional – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 315-316.

⁹ - Como observou Francine Bataleir, “Le Conseil d’État Juge Constitutionnel”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, p. 2021 e ob cit. p. 115 e nota 14, ao pé da página.

¹⁰ - Paulo Bonavides, por exemplo, assentou que o controle da constitucionalidade é uma consequência das constituições rígidas. Cf. “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros Editores, 9ª ed. revista, atualizada e ampliada com as Emendas Constitucionais, até a de nº 24, de 10.12.1999, p. 267. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, porém, após observar que grande parte dos juristas seguiam esse modo de pensar, refere que muitos outros não consideram assim, preferindo vincular o sistema de controle de constitucionalidade não a uma consequência natural das constituições rígidas, senão como decorrência do regime federativo, incluindo entre estes Rui Barbosa, que considerou como o maior dos constitucionalistas que o país já teve. Cf. “A Teoria das Constituições Rígidas”, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1980, 2ª ed., p. 100.

de à realidade, por afirmar que em vários países da Europa continental com constituições costumeiras há um sistema de controle jurisdicional¹¹.

Costuma-se distinguir, no controle jurisdicional, o controle pela via incidental – ou controle difuso, também chamado controle no caso concreto – e o controle abstrato e se acrescenta um sistema de controle misto em que se exercem ambas as formas de controle, que usualmente recebe essa denominação, como o existente no Brasil.¹²

No entanto, JOSÉ AFONSO DA SILVA observa, com melhor razão, que há apenas três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto, com reserva desta última denominação para o sistema em que a constituição destina certas espécies de leis para o controle político e, outras, para o controle jurisdicional, como ocorre na Suíça.¹³

A Constituição Federal brasileira não sistematizou, no corpo mesmo de suas normas, esse controle. Limitou-se a discipliná-lo apenas em respeito à competência das autoridades jurisdicionais para exercê-lo, mesmo assim sem nada haver dito, especificamente, em respeito ao juízo monocrático¹⁴. Há, porém, uma disciplina bem estruturada na Constituição da República Portuguesa (CRP), que se invoca como subsídio do direito comparado para ajudar no estudo do tema e, por isso, se revela a seguir.

¹¹ - Cf. “O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis”, atualizado por José Aguiar Dias, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1968, 2ª ed., p. 09.

¹² - Uadi Lamêgo Bulos, por exemplo, afirma que “... vigora, no Brasil, o controle misto da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, mesclando o controle difuso, por exceção, com o controle concentrado, por ação”. Cf. “Constituição Federal Anotada”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, 4ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 35/2001. Muito embora Edvaldo Brito já houvesse reconhecido o equívoco de falar-se em um terceiro tipo de controle denominado de misto. Cf. “Aspectos Inconstitucionais da ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal”, artigo inserto na obra coletiva “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Saraiva, 1994, p.39-50, mais precisamente p. 46.

¹³ - Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros, 20ª ed. revista e atualizada até a EC nº 35, de 120.12.2001, p.49.

¹⁴ - Não há nenhum dispositivo na CF/88 que disponha sobre o poder de o Juiz deixar de aplicar a norma jurídica que reputar inconstitucional. O único dispositivo que se conhece a respeito – nada obstante nenhum magistrado brasileiro tenha deixado de recusar-se a aplicar a norma que reputa inconstitucional – é o do art. 13, § 10 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que dispunha sobre a organização da justiça Federal e que, como não voltou a ser disciplinado por lei nenhuma, se tem como ainda em vigor. O dispositivo, mantida a grafia da época, tem a seguinte redação: Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Essa constituição (portuguesa, naturalmente) traz dispositivos expressos a respeito – exatamente na Parte IV – reservados para a disciplina do que denominou “Garantia e Revisão da Constituição”, em que se destinou todo o Título I para “Fiscalização da Constitucionalidade”, denominação que substituiu a anterior “Garantia da Constituição” e que preferiu a de Controle de Constitucionalidade, por estabelecer um corpo estruturado de normas, cuja sistematização penso que deveria servir de inspiração ao constituinte brasileiro e, pela disciplina traçada nos artigos 277º (como assim se enumera) a 283º, pode-se resumir que há três tipos preponderante de processos de fiscalização de constitucionalidade ou de controle de constitucionalidade, como refere JORGE MIRANDA:

1º - Processo de fiscalização concreta (arts. 107º e 280º da Constituição da República Portuguesa CRP e art.s 69º e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), correspondente ao nosso processo difuso de controle de constitucionalidade, sem domicílio constitucional expresso;

2º - Processos de fiscalização abstracta de inconstitucionalidade por ação, que se subdivide em duas espécies:

2.1 – fiscalização preventiva (arts. 278º e 279º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e arts. 57º e s. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), correspondente à nossa ação declaratória de constitucionalidade;

2.2 – fiscalização sucessiva (arts. 281º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e arts. 62º e s. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), correspondente à nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵.

3º - Processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e arts. 67º e 68º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).¹⁶

3. O MODELO BRASILEIRO

Muito embora não se encontre sistematizado, na própria Constituição, como no exemplo português, pode-se tentar um resumo do modelo brasileiro. É um sistema onde já se consagrou o controle difuso, preponderantemente reservado para a atuação do juiz monocrático ou de primeiro grau, cujo fundamento

¹⁵ - Carlos Blanco de Moraes menciona expressamente que a fiscalização abstracta sucessiva é vulgarmente conhecida como ação directa de inconstitucionalidade”. Cf. “Justiça Constitucional”, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade – Coimbra Editora, 2002, p. 301.

¹⁶ - Cf. “Manual de Direito Constitucional”, ob. cit., p. 433.

se encontra no art. 13, § 10 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ainda em vigor¹⁷. Além disso, há o controle concentrado – ou abstrato – reservado apenas para o Supremo Tribunal Federal, como se deduz da competência exclusiva que lhe reserva o art. 102, parte final e o inciso I deste mesmo dispositivo da CF/88.

3.1 CONTROLE DIFUSO

O controle difuso – exercido preponderantemente pelo juiz monocrático – não é monopólio dele. O referido § 10 do art. 13 da referida lei menciona, expressamente, com a ortografia própria da época: *juízes e tribunaes*. Significa dizer que também os tribunais exercitam esse controle difuso, quando apreciam pela via de exceção a alegação de inconstitucionalidade de uma norma e, nesse caso, se limitará a deixar de aplicá-la ao caso concreto, se admitir a alegação. Apreciar por via de exceção significa dizer que, nesse controle, não se apreciará a questão prejudicial como objeto mesmo do pedido de tutela jurisdicional, mas se examinará essa questão como uma questão incidental. O exercício do controle difuso pelos Tribunais se dá, portanto, em duas situações: na apreciação dos processos de sua competência originária ou na apreciação pela via recursal.

No primeiro caso, o controle pela via incidental se exercita, no dizer de J. C. BARBOSA MOREIRA¹⁸, em respeito à questão que engata no raciocínio lógico do magistrado, de tal forma que não poderá decidir a respeito do que lhe foi pedido – de forma principal ou *principaleter* – se o magistrado monocrático ou coletivo (Tribunal) não apreciar e decidir essa questão, pois aquela questão influenciará decisivamente no teor da decisão a ser proferida. Torna-se, pois,

¹⁷ - A esse respeito, por referir que o art. 13, § 10 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 é apontado pelos especialistas como um marco notável do nosso sistema de controle de constitucionalidade, cf. Zeno Veloso, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, Ed. CEJUP, Pará-São Paulo, 1999, p. 30.

¹⁸ - O autor explica que a questão prejudicial é aquela que necessariamente deve ser apreciada pelo juiz para que possa decidir a causa principal, pelo que além dos caracteres de ser uma questão a ser previamente examinada pelo mesmo juiz para decidir outra questão considerada principal, com que ela se relacione, é indispensável, que se torne indispensável esse exame, ou, como ensina: Se, para a solução da questão x, o juiz simplesmente pode, mas não precisa, inserir em seu raciocínio a solução da questão y, esta não merecerá a qualificação de prejudicial, aplicável, ao contrário, à questão z, cuja solução seja por hipótese indispensável à de x. Aos caracteres anteriormente apontados, pois, acrescenta-se o da necessariedade: só será prejudicial a questão necessariamente posta como antecedentes lógico da solução de outra. Os grifos são do original. Cf. “Questões prejudiciais e Coisa julgada”, Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1967, ed. esgotada, p. 54.

uma questão prejudicial constitucional. Nesse sentido, deve-se entender que esse tipo de controle é pela via da exceção.

Assim, longe de significar que somente é cabível quando se alega esse vício por ocasião da defesa, se deve entender que, nesse controle, não pode o juiz apreciar a alegada inconstitucionalidade como um pedido em si, dito *principaleter*¹⁹. Ademais, a questão apreciada incidentalmente pelo juiz monocrático volta a ser apreciada em grau de recurso pelo Tribunal competente para revê-la. Aqui, tem cabida o art. 97 da CF/88, nascido com a CF/1934 de “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Observe-se, porém – e isto constitui a característica maior dessa espécie de controle – que a decisão apenas atinge as partes entre as quais é dada, na forma do que estabelece o art. 472 do CPC. Nesse sentido ADA PELLEGRINI GRINOVER observa que a decisão jamais poderá alcançar a terceiros porque jamais se transforma em questão decidida *principaleter*.²⁰

3.2 O CONTROLE ABSTRATO/CONCENTRADO

O exercício do controle abstrato ou concentrado se dá apenas no STF e a esse respeito já existe a Lei nº 9.868/99, cuja ementa faz referência expressa à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADConst), à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e, por fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

4. OS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE, NO BRASIL

Aqui se encontra o cerne do trabalho. Pretende-se sistematizar os efeitos jurídicos produzidos no controle de constitucionalidade, no Brasil, que se resumiu na expressão que encima este trabalho.

¹⁹ - Cf., a esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, “Controle da Constitucionalidade”, artigo publicado na Revista Forense, janeiro-fevereiro-março de 1998, vol. 341, ano 1994, p. 03-12, mais precisamente p. 03-04.

²⁰ - Essa autora menciona, expressamente, afirma que no controle difuso existe uma questão prejudicial, pelo que jamais se revistirá da autoridade de coisa julgada, “... não sendo apta a declarar a nulidade ou anular lei inconstitucional. A resolução do Senado não revoga nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia”. Cf. “Controle de Constitucionalidade”, artigo citado, p. 03-04.

O estudo buscará examinar os efeitos produzidos quanto à norma anterior que havia sido revogada pela norma objeto do controle de constitucionalidade, o alcance em respeito às partes e em respeito a terceiros, bem como em respeito ao teor da própria norma impugnada, se toda ela ou parte dela e em que condições. Para isso, o exame se fará em respeito ao controle difuso e abstrato, que abrange a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

4.1 CONTROLE ABSTRATO/CONCENTRADO

A característica mais importante desse sistema de controle está confirmada no art. 28, Parágrafo Único: de ter efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração, com eficácia *erga omnes*, bem como de apresentar forte natureza ambivalente: manejada a ação que visa provocar a declaração de inconstitucionalidade da lei, se esta ação for julgada improcedente, declara-se a constitucionalidade, e vice-versa.

Esta última característica foi objeto das críticas procedidas por LÊNIO LUIZ STRECK, com lastro em autores portugueses, como J. J. CANOTILHO e RUI MEDEIROS, que, aqui, se aprecia incidentalmente, por se inserir no desdobramento do tema..

O art. 26 da Lei nº 9.968/99 soa:

“Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

O dispositivo reflete o magistério de autores como GILMAR FERREIRA MENDES²¹ e MERLIN CLÉMERTON CLÉVE haviam escrito de que a ação declaratória de constitucionalidade nada mais era do que uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado.

²¹ - Realmente, esse autor afirma que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nada mais é que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com sinal trocado. Cf. “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993”, artigo inserto na obra coletiva “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 51-106, mais precisamente p. 56.

Nas críticas desferidas pelo douto LÊNIO LUIZ STRECK, em primeiro lugar, se argüi que se houvesse a propalada ambivalência entre essas duas ações, no sentido de que uma é o reverso da outra, não haveria, absolutamente, necessidade da criação da ação declaratória, em face do raciocínio rigorosamente lógico que se constrói: se de uma afirmação se pode tirar uma negação, então se conclui que há ambivalência. Ou seja, o que se afirma num enunciado pode produzir outro enunciado com sentido contrário, donde a conclusão de que *Se uma proposição afirma algo de forma negativa, e, no seu reverso, se afirma positivamente a mesma coisa, então é uma coisa só*. Ora, se assim é – argumenta – por que se tornaram necessárias duas coisas – no caso a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade – para dizerem a mesma coisa? Isso não se ajusta à lógica por conduzir ao raciocínio inverso: *Se há proposição que afirma e outra que nega, uma ao lado da outra, segue-se que elas não são a mesma coisa, mas duas coisas diferentes*.²²

Depois, a experiência no direito comparado é a de que não existe essa ambivalência. J. J. GOMES CANOTILHO, ao apreciar o controle de constitucionalidade concreto pelo Tribunal Constitucional – que corresponde ao nosso controle incidental – observa, *verbis*:

*Qualquer que seja o rito de **decisão de não provimento** (grifo do original) o sentido desta decisão não é o de “declarar” positivamente a regularidade constitucional da norma ou normas impugnadas, mas tão-somente o de julgar insubsistente um determinado vício em determinadas normas a aplicar a um caso concreto e que foram objeto de recurso de inconstitucionalidade. As normas podem ser inconstitucionais sob outros pontos de vista não considerados pelo Tribunal, porque sobre eles não incidiu qualquer dedução em juízo (perante o juiz **a quo** (grifo do original) ou no próprio recurso).*

Conseqüentemente, a norma é susceptível de vir a ser considerada inconstitucional por outros motivos e pode até acontecer que, sobre idêntica questão, o Tribunal proceda, noutros casos, o reexame dos argumentos, concluindo pela irregularidade dos preceitos constitucionais.²³

A partir aí, o autor elabora uma criteriosa síntese dos argumentos con-

²² - O raciocínio foi construído por Lênio Luiz Streck e nos limitamos a repeti-lo, esforçando-nos por torná-lo mais claro. Cf. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2002, p. 608.

²³ - Cf. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 891.

trários a essa pretendida ambivalência, esforçando-se por mostrar que, ainda que a lei a tenha contemplado, contraria a natureza mesma da jurisdição constitu-cional. Os tópicos do raciocínio que podem ser resumidos – para os propósitos da presente abordagem – aos seguintes: a) inexistência da ação declaratória de constitucionalidade no direito comparado; b) a extensão da controvérsia constitucional provocada perante o STF; c) a possibilidade de produzir ou não coisa julgada nos respectivos julgamentos; d) as contradições que a presuntiva ambivalência provoca com a técnica de interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução do texto.

Pelo primeiro, o autor registra que se em Portugal as decisões que julgam improcedentes, no juízo da pretensão de inconstitucionalidade, se resumem a reconhecer uma “não declaração de inconstitucionalidade”, mas não uma declaração de constitucionalidade, na Suíça, têm assumido um “caráter puramente negativo”. Já na Espanha, Itália, Bélgica, Irlanda e Áustria – também asseguram - os provimentos denegatórios em sede de recursos constitucionais – que equivalem à nossa ação direta de inconstitucionalidade – são caracterizados apenas como “negação de provimento”.

Pelo segundo, não se poderia estabelecer a equiparação porque “enquanto para a ADIN não se exige a prova da controvérsia anterior, e o elenco de legitimados para a sua propositura é bem mais extenso, na ADC a exigência da comprovação da relevância dá a esta um feitio bem diferenciado”.²⁴ Pelo terceiro - a possibilidade de produzir ou não coisa julgada nos respectivos julgamentos – a conclusão resulta da observação já feita por J. J. CANOTILHO de que, em razão de o ordenamento jurídico português – o que vale também para o brasileiro – filiar-se ao sistema romano-germânico.

Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade fizesse coisa julgada, significaria que se estava consagrando a regra do *stare decisis* ou da vinculação a precedentes judiciais, que não se compadece com o nosso ordenamento jurídico, pelo que conclui com a afirmação de outro autor luso - NUNES DE ALMEIDA – de que, em sentido inverso das decisões de pronúncia de inconstitucionalidade, “as decisões de não inconstitucionalidade apenas fazem *caso julgado formal*” (ou coisa julgada formal).²⁵

²⁴ - Idem, ibidem, p. 604-605.

²⁵ - Idem, ibidem, com remissão à obra de Canotilho – “Teoria da Constituição”, ob. cit., p. 993 e 994 e de Luís Nunes de Almeida, “A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas”, artigo inserto na obra “Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas”. Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987, p. 134.

Pela quarta e última - as contradições que a presuntiva ambi-valência provoca com a técnica de interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução do texto – tem-se que a admissão da mencionada ambivalência entre as duas espécies de ação destinada ao controle abstrato da constitucionalidade provoca profunda contradição com as técnicas que permitem a interpretação conforme a Constituição e/ou a decretação da nulidade parcial sem redução do texto, pois que ambas assentam no princípio de que as normas editadas gozam da presunção de constitucionalidade.

A admissão de que o entendimento de que a simples rejeição da Ação Declaratória de Constitucionalidade implica reputar-se inconstitucional a norma briga com esse princípio, por impedir que se exercitem essas técnicas, aliás, contraditória-mente expressas no texto da mesma lei²⁶.

Discordo, respeitosamente, dessas conclusões e observo que os poderosos argumentos apresentados devem ser enfrentados com muita cautela e cuidado.

Quanto ao primeiro argumento, GILMAR FERREIRA MENDES relaciona várias hipóteses em que o Tribunal Constitucional alemão decidiu uma típica ação declaratória de constitucionalidade. Isso se dera, pela primeira vez, quando o *Bundesverfassungsgericht* decidiu a ação proposta pelo Governo do Estado da Baixa Saxônia que postulava fosse declarada a constitucionalidade do regulamento de 8 de julho de 1952, editado pelo Governo estadual sobre a organização judiciária estadual, para afirmar que:

“A Corte Constitucional, após considerar admissível a ação (*ação proposta por um Governo Estadual que considera válida disposição do direito estadual, após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição*) reconheceu a incompatibilidade do regulamento com a Lei Fundamental, declarando a sua nulidade, nos seguintes termos: “O Regulamento editado pelo ministério da Baixa Saxônia sobre a mudança da organização judiciária das comarcas de Bückbur e Hannover de 8 de julho de 1952 é nulo”.²⁷

²⁶ - Cf. Lênio Luiz Streck, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito”, ob. cit., p. 608.

²⁷ - Os grifos são do original., onde se remete a seguinte fonte BverfGE 2, 307 (308). Cf. “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: A Inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993”, ob. cit., p. 64.

Evidente que, na hipótese indicada, se havia proposto uma *típica ação declaratória de constitucionalidade* – segundo afirmou GILMAR FERREIRA MENDES - o que, só por si, contraria o argumento de LÊNIO STRECK. Depois, se assinala que a decisão foi contrária, por reconhecer a inconstitucionalidade e, pois, revelar a ambivalência impugnada. Este mesmo autor (GILMAR FERREIRA MENDES) arrola outros precedentes do Tribunal constitucional alemão, de despecienda transcrição.²⁸

Em respeito ao segundo argumento, penso que LÊNIO STRECK apenas demonstra que a controvérsia da Ação Direta de Inconstitucionalidade é bem mais ampla do que a que dá origem à Ação Declaratória de Constitucionalidade, limitada à existência de uma controvérsia ou uma dúvida sobre a constitucionalidade da norma, como é próprio das ações declaratórias em geral, sem que tal observação possa servir para outra coisa que não a constatação de que essas ações apresentam controvérsias diferentes.

Tampouco me parece procedente o terceiro argumento. Ainda ambos os ordenamentos - tanto o ordenamento jurídico português como o brasileiro, que dele derivou - não consagram o princípio do *stare decisis*, nem por isso se pode deixar de reconhecer a existência – já no antigo direito português – dos precedentes vinculativos, como nos assentos da velha Casa de Suplicação de Portugal, por força das regras das ordenações manuelinas de 1521 (Liv. V, Tít. 58, § 1º), seguidas nas Ordenações Filipinas (Liv. I, Tit. 5, § 5º), orientação que foi mantida no Código Civil daquele país de 1966, no art. 2º.²⁹ Desnecessário também lembrar que, no Brasil, temos as Súmulas dos Tribunais, que embora não sejam vinculantes – como se deseja que sejam, na reforma em andamento – produz efeito semelhante.

Depois, há que se entender que não se pode transpor para o processo próprio da jurisdição constitucional – reconhecidamente um processo objetivo (*Objektive Verfassung*) – os institutos próprios da jurisdição comum, no caso o da coisa julgada, buscando-lhe aplicação idêntica, com a mesma extensão.

Nesse sentido, é ainda GILMAR FERREIRA MENDES que refere a eficácia *erga omnes* prevista no dispositivo da lei impugnado, há de ser vista como categoria de direito processual específica do tipo de processo de controle abstrato de cons-ti-tu-cio-na-lidade. Em razão disso, me parece e que ainda

²⁸ - Idem, ibidem, p. 65 e s.

²⁹ - Como o demonstrou o mesmo Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 83.

que o STF tenha declarado constitucional um texto de lei, na apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, nada impede que aprecie uma futura Ação de Inconstitucionalidade sobre a mesma lei, desde que se apresente uma nova questão, sem que se possa alegar a existência de coisa julgada.

Vale a observação de que, mesmo no processo tradicional, tem-se considerado as sentenças como integradas pela cláusula *rebus sic stantibus*.³⁰

O quarto e último argumento é contraditado por si mesmo. Se o próprio texto da lei admite a técnica de interpretação conforme a constituição e da nulidade parcial sem redução do texto é exatamente porque o dispositivo impugnado – art. 26 da Lei nº 9.968/99 – tem perfeito cabimento. Se eventualmente julgar uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, o STF pode exercitar essas técnicas e nada impede que, ao concluir por entendimento contrário ao que se pediu – inconstitucionalidade, quando se pedia a declaração de constitucionalidade, ou vice-versa – aplique essas técnicas.

Ao cabo desse exame, concluo que muito embora se trate de crítica muito bem elaborada, e bem fundamentada, acerca da disciplina brasileira do controle de constitucionalidade em abstrato, nem por isso deve ser acolhida.

4.2 CONTROLE DIFUSO

Nesse tipo de controle, o Juiz de primeiro grau – ou juízo monocrático – apenas afasta, recusa-se a aplicar a norma reputada inconstitucional.

Em respeito aos efeitos produzidos quanto à norma anterior afastada incidentalmente pelo magistrado no exercício do controle difuso, fere-se uma questão que tem provocado acesas discussões: pode o Juiz afastar a aplicação de uma lei, por reputá-la inconstitucional e, ao mesmo tempo, aplica a disciplina da outra lei que teria sido por ela revogada?

A resposta a essa indagação, de grande importância prática, envolve o exame, ainda que sumário, dos efeitos da declaração de constitucionalidade: inexistência, nulidade ou anulabilidade?

Os autores têm resumido a doutrina e jurisprudência a respeito – nacional e estrangeira. ZENO VELOSO, por exemplo, resume as posturas de clássicos americanos – MARSHALL, CHARLES KENT e BLACK, além de outros – que sustenta que todo ato legislativo contrário à Constituição é nulo, posição

³⁰ - Cf. Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 96-98.

acompanhada por RUI BARBOSA. ALFREDO BUZAID, por sua vez, defende que a sentença de inconstitucionalidade é predominantemente declaratória, não constitutiva.

Em conseqüência, reconhece-se uma nulidade *ab initio*, para concluir que o Poder Judiciário não modifica o estado da lei, para considerar nulo o que era válido, mas declara a invalidade da lei, declara-a, pois, natimorta. Por fim, faz-se referência a FRANCISCO CAMPOS, com o argumento de que a lei inconstitucional não é nula, nem anulável, mas inexistente.³¹

Nada obstante a variedade de opiniões, o entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA me parece o melhor. No controle difuso, a questão prejudicial de constitucionalidade – apreciada *incidenter tantum* - produz uma sentença declaratória, ainda que – no primeiro grau – limitada à negativa de aplicação da norma impugnada ao caso concreto e - no segundo – quando se transforma em questão *principaleter*, com decisão destinada a produzir efeitos *inter partes*, para cuja decisão se exige quorum qualificado, mantém essa mesma natureza³². É o que se lê no art. 97 da CF/88: *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público* (o original não está grifado). Logo, se a decisão judicial afasta a incidência da norma por considerá-la inconstitucional, com preponderante carga declaratória, produz efeitos *ex tunc*. Evidente, assim, que se considera que não houve lei apta a produzir nenhum efeito no mundo jurídico. E se não houve lei com essa aptidão, segue-se que essa lei declarada inconstitucional não revogou a lei anterior. Em conseqüência, a lei pseudo revogada incide na espécie. *Tertius non datur*.³³

4.3 A QUESTÃO DA REPRISTINAÇÃO DA LEI QUE REVOGOU LEI ANTERIOR E QUE, POSTERIORMENTE FOI AFASTADA, POR INCONSTITUCIONAL

A questão tem provocado acesas discussões e não pretendo, em um artigo, enfrentá-las todas elas nem muito menos resolvê-las. Limito-me a contribuir

³¹ - Cf. “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, ob. cit., p. 192-193.

³² - Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, 20ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 35, de 20.12.2001), p. 52-54.

³³ - Nesse sentido, C. A. Lúcio Bittencourt, “O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis”, edição atualizada por José Aguiar Dias, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1968, 2ª ed., p. 131-133.

para o debate por apresentar a opinião pessoal a respeito, com os fundamentos do meu convencimento.

Em respeito a questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi julgada inconstitucional), sei, por exemplo, que OSWALDO LUIZ PALU sustenta que se trata de admitir um caráter repristinatório que se não compadece com o ordenamento jurídico brasileiro. Para este autor, isso se dá tão somente porque não há limites expressos na Constituição que, naturalmente, impedisse a produção desses efeitos. Respeitosamente discordo desse entendimento. Não se trata de repristinar a norma anterior porque a norma declarada inconstitucional não a revogou: é uma norma natimorta sem aptidão para provocar nenhum efeito no mundo jurídico, muito menos o de revogar outra lei. Ademais, se disciplina houvesse, creio que somente poderia ser no sentido inverso ao que sustentou o referido autor, na forma, aliás, do que encontra disciplinado pela Constituição da República Portuguesa (CRP), no artigo 282º, I, exatamente nesse sentido, sob pena de criar-se um vazio legislativo. É ler:

“Art. 282º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de legalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a *repristinação* (sem grifos no original) das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

Somente com esse alcance se poder entender o sentido da postura adotada a esse respeito pelo STF, como se colhe do precedente do Ministro CELSO DE MELLO, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5-Maranhão, em que se apreciou uma questão de ordem ali suscitada, de onde extraio o seguinte escólio:

“A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, *com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a*

sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”.³⁴

Esse entendimento invocado quando da solução da questão que me havia sido apresentada na condição de Juiz Federal de 1º grau, na Seção Judiciária de Alagoas, em que invoquei em apoio o precedente supratranscrito, mas se robustece com o novo precedente jurisprudencial, já agora utilizado no desate do mencionado AGTR Nº 58586/AL, em que atuei no exercício das funções que exerço, como integrante da 1ª Turma do TRF da 5ª Região, que se passa a transcreve:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. EMPRESA AGRO-INDUSTRIAL. EFEITO REPRISTINATÓRIO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

(...)

2. Ao centrar seus fundamentos no princípio estatuído no artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a decisão embargada deixou de examinar aspecto de fundamental importância para o correto desate da lide, concernente à abrangência e especificidade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado.

3. A declaração de inconstitucionalidade em tese, ao excluir do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida, conduz à restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional.

4. *Sendo nula e, portanto, desprovida de eficácia jurídica a lei inconstitucional, decorre daí que a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios, que irão atingir, inclusive, a cláusula de revogação, seja ela expressa ou implícita, a não ser que o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da medida.*

5. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a repristinação prevista no artigo 2º, § 3º, da

³⁴ - Naturalmente o original não está grifado. Cf. Decisão unânime do Plenário do STF. In DJU de 2.04.93, P. 5615.

LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, sequer há revogação no plano jurídico.

6. Embargos de declaração conhecidos para, conferindo-lhes o efeito modificativo, dar provimento ao recurso especial.

(EDRESP 445455/BA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 12/08/2003, DJ em 15/09/2003)”.

Evidente que os precedentes se referem à declaração de inconstitucionalidade em tese, da competência exclusiva do STF. Nada obstante, não me parece que tampouco possa o juiz monocrático deixar de aplicar uma norma a um caso concreto e, ao mesmo tempo, deixar de reconhecer que nele incida a norma que se tinha por revogada por aquela cuja incidência afastou, por não ser possível admitir-se o vácuo legislativo.

Isso ganha relevo sobretudo quando o magistrado acolhe a alegação de inconstitucionalidade de norma fiscal, de modo a provocar perplexidades como as que me assaltaram quando, na condição de Juiz Federal Titular da 1ª Vara, em Maceió, acolhi a alegação de inconstitucionalidade da cobrança do IPI através da pauta fiscal, determinada pela Lei e tive de apreciar – porque com requerimento expresso da Fazenda Nacional para que o fizesse - a alegação de que caso afastasse o regime instituído com base em ato do Ministro da Fazenda, com espeque no Decreto-lei nº 1.593/77, da pauta fiscal, adotasse o anterior, que havia presuntivamente sido revogado pelo diploma legal que se reputava inconstitucional. Apesar de haver sido inicialmente concedida a medida liminar, foi ela reformada, proferindo-se sentença em que muito embora se tivesse afastado o regime da pauta fiscal, determinou que se promovesse a cobrança na forma anterior, firme na orientação do TFR da 5ª Região, do então DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA, que orgulhosamente eu viria a suceder, cujo precedente se transcreve:

‘TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. PAUTA FISCAL. SUS-PEN-SÃO DA EXIGIBILIDADE DO IPI ATÉ SURGIMENTO DE NOVA SISTEMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

– Agravo de instrumento interposto visando a assegurar a não submissão ao recolhimento do IPI pelo regime da pauta fiscal, até que seja instituído um novo regime de tributação.

- Não é possível afastar a pauta fiscal e não impor ao contribuinte o recolhimento sobre o valor real da operação.
- Agravo inominado improvido”.³⁵

4. BREVES CONCLUSÕES

Evidente que essas reflexões, provocada no exercício da atividade jurisdicional e enriquecida com a pesquisa acadêmica, não esgota o assunto. Nem se pretendeu chegar a tanto.

Parece-me óbvio, no entanto, que por mais que se argumente que uma lei que tenha revogada outra, instituindo uma nova disciplina fiscal e, que, por sua vez, seja declarada inconstitucional – ou, mesmo, seja deixada de afastada de aplicação no caso concreto, no controle difuso exercido pelos juízes brasileiros – não possa mais ser aplicada porque isso importaria repristinação, exigindo-se que venha nova lei instituindo nova disciplina, que pode mesmo ser a anterior, que se tinha por revogada, não se compadece com a lógica do razoável.

Se se afastou a aplicação de uma lei – qualquer que tenha sido o tipo de controle de constitucionalidade exercido – me parece evidente que a lei anterior, que se tinha pro revogada, volta a vigor, porque uma lei inconstitucional não produz efeito nenhum. Ainda que se identifique tal fenômeno como o de repristinação, não deve ser confundido com o fenômeno, do mesmo nome, a que se refere o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, porque, como bem observou o Ministro JOÃO OTÁVIO NORONHA, na precisa hipótese da declaração de inconstitucionalidade sequer há revogação, no plano jurídico.

Insista-se, além disso, que essas reflexões, procura estimular o debate a respeito da momentosa questão. Nada mais

³⁵ - Agravo Inominado no Agravo de instrumento (AGIAG) 40599-PE (200205000016213). Ac. Un. da 1ª Turma do TFR da 5ª Região. In DJU de 23.04.2002, p. 409.

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA (Emenda Constitucional 41, de 9.12.2003) E O DIREITO ADQUIRIDO. O CONTEÚDO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO E SEUS DESTINATÁRIOS

Germana de Oliveira Moraes
Juíza Federal no Estado do Ceará

1. Mutações constitucionais e o princípio da segurança das relações jurídicas; 1.1. Intangibilidade do direito adquirido perante o Poder Constituinte derivado; 1.2. Inoponibilidade do direito adquirido perante o Poder constituinte originário; 2. A Reforma Constitucional Previdenciária – Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003; 2.1. A Reforma Previdenciária e direito adquirido; 2.2. O conteúdo das regras de transição e seus destinatários.

1. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A reforma previdenciária é uma reforma constitucional. De natureza constitucional. Veicula-se por intermédio de normas constitucionais.

Logo, a questão há de ser tratada através do prisma das mutações das normas constitucionais. O Direito Constitucional Brasileiro apresenta a marca da mutabilidade, caracterizado que é por constante mudança de textos básicos, seja através da edição de novos diplomas normativos, seja através de sua atividade de reforma, mediante emendas.

A Reforma Previdenciária veiculada mediante a Emenda Constitucional n. 41, em 19.12.2003, é um exemplo de mudança das normas da Constituição, e

como tal tem suscitado vários problemas jurídicos concernentes à sucessão normativa da lei superior.

A análise teórica desses problemas decorrentes da aplicação intertemporal das normas constitucionais resolve-se a partir da adoção do princípio da segurança das relações jurídicas, cujos desdobramentos compreendem a irretroatividade das normas e a proteção ao direito adquirido – temas umbilicalmente entrelaçados.

O princípio da segurança das relações jurídicas aglutina um conjunto de regras assecuratórias de uma certa estabilização no tempo de situações jurídicas estabelecidas pelo Poder Público.

Admite-se, no entanto, que, diante de certas situações, o valor segurança possa ceder e, em conseqüência, a irretroatividade das normas e a intangibilidade do direito adquirido possam ser excepcionadas.

O princípio da supremacia do Direito, a demandar a revisão de situações irregularmente constituídas, e, o ideal de Justiça – a exigir constante mutabilidade justificam a contemporização do princípio da segurança das relações jurídicas.

A realização do Direito decorre da incessante busca sisífica de conciliação entre as exigências, por vezes contrárias de justiça e de segurança. A justiça demanda, com freqüência, a modificação das normas e das situações, para que assim se possa aperfeiçoar constantemente a ordem jurídica adaptando-a à sociedade cada vez mais mutante. O valor justiça requer mutabilidade. Noutro passo, o valor segurança exige estabilidade, que se traduz no respeito às situações já existentes.

A segurança jurídica, diante de situações regularmente constituídas, poderá ceder, portanto, em nome do valor Justiça, pois este incita à mutabilidade.

De um lado, o princípio da segurança das relações jurídicas requer a proteção das situações regularmente constituídas: ora impondo a obrigação de mantê-las; ora proibindo a imposição retroativa de novas obrigações.

Por outro lado, o princípio da supremacia do Direito e o ideal de Justiça, conforme visto, justificam as exceções à proeminência do valor segurança.

O problema que se põe é identificar quais instrumentos normativos podem contemplar tais exceções.

Essas exceções somente poderão ser produzidas por meio de normas constitucionais emanadas do Poder constituinte originário. Jamais por intermédio de emendas constitucionais, manifestação do poder constituinte derivado.

1.1. INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO PERANTE O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

No Estado de Direito, a regra geral é a da impossibilidade – por razões de ordem factual, lógica e jurídica de que as normas disciplinem situações produzidas sob a égide de normas anteriores, suprimindo-lhes os efeitos ou atribuindo-lhes efeitos diversos.

As normas jurídicas são feitas para vigorar **ad futurum**, i.e., para incidir sobre fatos posteriores a sua edição.

A irretroatividade, compreendida como a proibição de incidência de normas sobre fatos passados, decorre da impossibilidade física e lógica de reverter os efeitos dos fatos passados, os quais o tempo se encarrega de cristalizar.

Além disso, é uma das facetas do valor segurança, inerente à norma jurídica e consectário de seu atributo de abstratividade, isto é, “do fato que liga uma dada consequência à atribuição ou emissão de uma ação típica, enquanto tal repetível”. Conforme explica Norberto Bobbio, a função de segurança depende dessa característica puramente formal da lei, pois a emanação de normas abstratas assegura a previsibilidade e, portanto, a calculabilidade das consequências das ações¹.

O princípio da segurança das relações jurídicas traduz o triunfo do “governo das leis” sobre “o governo dos homens”. É corolário do princípio estruturante do Estado de Direito.

Na presença de certas situações estabelecidas conforme o Direito, tem o efeito de limitar o poder das autoridades públicas de modificar regras e decisões para o futuro, bem como de restringir o poder dessas autoridades de atribuir às regras e decisões presentes um caráter retroativo.

Predomina, por isso, a regra da irretroatividade das normas e de proteção ao direito adquirido, na edição de emendas constitucionais, resultantes do poder de reforma.

Diferentemente, o direito adquirido não se opõe contra o poder constituinte originário.

¹ BOBBIO, Norberto – “O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo”, Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Paz e Terra, 1986, p. 158.

1.2. INOPONIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO PERANTE O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Aceita-se a possibilidade de retrooperância das normas da nova Constituição, emanada do exercício do poder constituinte originário.

Não há dissenso no plano doutrinário quanto à possibilidade de uma nova Constituição, substituta da Carta antecedente emanada do Poder constituinte originário, colher fatos a ela anteriores, para “dar-lhe caráter (lícito ou ilícito) diferente do que tinham na ordem jurídica anterior. Igualmente pode pôr termo a direitos adquiridos”²

A Constituição superveniente pode incidir sobre efeitos passados de fatos a ela anteriores. Assim ocorre, nos momentos históricos de transformações das ordens jurídicas. A Constituição Brasileira de 1891, à época da transição do regime monárquico para o republicano extinguiu os títulos de nobreza dispondo que “A República não admite privilégios de nascimentos, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho (art. 75 – par. 2º)

A retroatividade não é vedada à norma constitucional oriunda do poder Constituinte originário, por causa da constante necessidade de adaptação do Direito às transformações da sociedade, razão de ser das características daquele de inicialidade, incondicionalidade e de ilimitação,

Entretanto, preciso é atentar para a predominância da irretroatividade sobre a doutrina do poder constituinte originário – porque aquela é imanente à norma e o poder constituinte, ainda que inicial, ilimitado, incondicional, destina-se a produzir normas.

Assim, sendo a regra geral a ultraatividade da norma, e a regra excepcional, a retroatividade e o desrespeito ao direito adquirido, a nova norma constitucional, ainda que manifestação do Poder constituinte originário, para retroagir ou atingir o direito adquirido, há de conter ressalva expressa em tal sentido.

Fixam-se, assim, três premissas necessárias ao desenvolvimento do tema Reforma Previdenciária e Direito adquirido: 1º) a intangibilidade do direito adquirido perante o poder constituinte derivado; 2º) a inoponibilidade do direito

² (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Poder constituinte e direito adquirido”, IN RDA 210/1-9)

adquirido perante o poder constituinte originário; 3º) necessidade de disposição normativa expressa na hipótese de retroatividade da norma constitucional originária ou de supressão por esta do direito adquirido.

2. A REFORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19.12.2003.

A resolução dos problemas relativos à sucessão das normas constitucionais, mais precisamente dos conflitos entre a aplicação das normas anteriores do regime previdenciário da CF de 1988 e as normas da Reforma Previdenciária comporta dois focos principais.

Primeiro, o foco recai sobre o exame da possibilidade de a emenda constitucional retroagir, vale dizer colher fatos pretéritos e atribuir-lhes efeitos distintos (desconstituindo-os ou alterando-os) daqueles produzidos na ordem precedente.

O segundo foco refere-se à distinção de qual norma – se a nova ou a antiga, incidirá sobre os fatos em vias de constituição no momento da reforma constitucional. As regras de transição configuram a solução legislativa para este conflito de aplicação de normas constitucionais no tempo.

Os impactos das mudanças normativas introduzidas pela Reforma Previdenciária sobre as relações jurídicas constituídas sob a égide da antecedente norma constitucional podem operar-se de diferentes modos.

Por primeiro, está consagrada a proteção constitucional ao direito adquirido - uma das facetas do princípio da segurança das relações jurídicas. Prestigiu-se a impossibilidade de a norma constitucional retroagir, vale dizer, colher fatos pretéritos e atribuir-lhes efeitos distintos daqueles produzidos na ordem precedente. Tem-se, aí, a primeira parte do tema proposto - Reforma previdenciária e direito adquirido.

Assunto distinto é a incidência da nova norma constitucional sobre os fatos ainda em vias de constituição, o que se resolve mediante a aplicação das regras transitórias.

Entenda-se que as projeções dos fatos passados (os efeitos pendentes e futuros) não constituem hipótese de retroatividade da norma nem de mácula ao direito adquirido.

O que o princípio da segurança das relações jurídicas requer, nestas hipóteses de regulação da expectativa de direito, é que a nova norma constitucional – no caso, a emenda, não possa impor ao indivíduo uma modificação brutal, por isso deve conter medidas transitórias em favor de seus destinatários.

2.1. REFORMA PREVIDENCIÁRIA E DIREITO ADQUIRIDO

A Reforma Previdenciária veiculada através da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003 estabeleceu requisitos mais rígidos para a obtenção de benefícios. Por exemplo, ao conjugar, para fins de aposentadoria, os critérios de idade mínima e de tempo de contribuição, associados à exigência de tempo mínimo no serviço público e no cargo de inativação.

Entretanto, o artigo 3º da EC 41/2003 assegura expressamente a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos, bem como a seus dependentes que, até a data da publicação da Emenda – 19.12.2003, tenham cumprido os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Indaga-se, se não constasse essa regra de transição, não estaria assegurado o direito adquirido. Penso que, independentemente de inserção de regra explícita, estaria assegurado o direito adquirido, pelas razões a seguir:

1º) porque a emenda constitucional não pode prejudicar o direito adquirido, em consequência do princípio da segurança das relações jurídicas e do disposto no artigo 5º – XXXV I da CF/88;

2º) em face da desnecessidade de norma expressa salvaguardando o direito adquirido, visto ser regra geral valer a alteração normativa para o futuro, e regra excepcional – que por isso mesmo há de ser expressa, valer para o passado.

Indispensável seria ressalva expressa se fosse o caso de suprimir o direito adquirido, porque a ultra atividade é a regra, e a retroatividade a exceção, que por isso mesmo, há de ser explícita.

Infere-se, por isso que, não obstante a ausência de salvaguarda expressa na Reforma Previdenciária, o servidor que tem direito adquirido à aposentadoria proporcional até a promulgação da Emenda poderá requerer aposentadoria proporcional, mesmo após a publicação da Emenda constitucional, com adoção das regras da legislação anterior.

Em síntese, embora rigorosamente desnecessária, a inserção da salvaguarda expressa do direito adquirido reveste-se de utilidade e é bem vinda,

sobremodo se tivermos em mente a controvérsia que paira no plano doutrinário sobre o assunto.

2.2. O CONTEÚDO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO E SEUS DESTINATÁRIOS

As regras de transição, segundo lição de ROUBIER, na obra clássica “*Le Droit Transitoire*”, têm o fim de estabelecer um regime intermediário entre as duas leis – a antiga e a nova, de modo a permitir a conciliação dos interesses particulares com a lei nova.³

As regras de transição são uma solução legislativa para os problemas gerados pela sucessão de leis no tempo.

Na Reforma Previdenciária, as regras de transição – entre o regime previdenciário disposto na Constituição de 1988 e aquele introduzido pela EC 41 de 19.12.2003, integram o texto da emenda constitucional, ao lado da nova norma.

Assim dispõe o artigo 3º da citada EC 41/2002: “art. 3º - É assegurada a concessão a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.”

Essas regras de transição da Reforma Previdenciária visam conciliar com o novo regime a situação dos servidores já com requisitos preenchidos para o exercício de direitos como de aposentadoria e percepção de pensão e, também, daqueles que embora sem direito adquirido já tinham expectativa de direito.⁴

Destinam-se, portanto, àqueles detentores de direito adquirido e àqueles, que, muito embora sem direito adquirido, já tinham expectativa de direito.

a) A EC 41/2003 e a proteção ao direito adquirido

O art. 3º – já estudado, é regra expressa protetora do direito adquirido sob a égide da norma constitucional precedente.

³ ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire- conflits des lois dans le temps”, 2e ed., France, Dalloz, 1993, p. 147.

⁴ CAVALCANTI, Francisco – “O novo regime previdenciário dos servidores públicos”, Editora Nossa Livraria, Recife-Maceió, 1999, p. 79.

A rigor, o caput do artigo citado, ao proteger o direito adquirido, não encerra uma regra de transição, na acepção técnica do termo. Dirime o conflito das leis, esclarecendo ser aplicável a lei antiga, mas não estabelece um regime intermediário entre os dois regimes previdenciários. Contém uma regra de Direito transitório – uma regra de conflito, mas não uma regra de transição, em sentido estrito.

Dispõe, em síntese, que sobre os efeitos dos fatos passados (**facta praeterita**) incidirá a lei antiga, impedindo que a lei nova os desconstitua. Prorroga a ação da lei antiga sobre os fatos passados, consumados sob a égide da lei anterior.

b) As regras de transição da EC 41/2003 e a expectativa de direito

Destacam-se entre as demais regras transitórias aquelas que modificaram os requisitos para a obtenção de aposentadoria voluntária, integral ou proporcional; disciplinando, assim, a situação daqueles colhidos pela Emenda com mera expectativa de direito de aposentar-se de acordo com as condições do regime anterior.

Essas regras transitórias não contemplam qualquer forma de retroação da norma nova, tampouco envolvem direito adquirido, mas sim expectativa de direito.

A expectativa de direito não se confunde com o direito adquirido, sendo aquela, consoante LIMONGI FRANÇA “a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”, enquanto no direito adquirido, ainda segundo o autor citado, o fato aquisitivo específico já estaria configurado por completo.⁵

As regras transitórias em comento disciplinam a incidência da nova norma constitucional sobre fatos pendentes (**facta pendentia**), ou seja, aqueles que geram uma expectativa de direito.

Por isso mesmo, e para amortizar os impactos das mudanças negativas sobre seus destinatários, introduzem um regime intermediário de transição entre as normas da Carta de 1988 e as normas da EC 41/2003.

Daí, a previsão de critérios transitórios – mais flexíveis, menos rigorosos em relação à nova norma constitucional, para a obtenção da aposentadoria

⁵ LIMONGI FRANÇA, “A irretroatividade das leis e o direito adquirido”, 4ª. ed., RT, SP, 1982, ps. 240/241.

integral e da aposentadoria proporcional para os servidores que ainda não haviam implementado as condições de aposentação sob a égide da norma constitucional anterior.

Para concluir, lembremos da imagem do quadro “Saturno devorando el niño”, que se encontra no Museu Del Prado em Madrid. Simboliza a inexorabilidade do tempo, implacável, que tudo devora. Saturno está relacionado a Chronos, o deus grego do tempo, que muito embora possa tudo devorar, ao mesmo tempo distribui justiça, ainda que nem sempre de forma piedosa ou condescendente.

Essa é a condenação de todos nós operadores do Direito: discernir qual solução importará simultaneamente o menor sacrifício da segurança das relações jurídicas e a maior realização do ideal de Justiça, que nós, seres humanos, mortais, inconformados, perseguimos...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto – “O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo”, Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Paz e Terra, 1986
- BRITO, Carlos Ayres e PONTES FILHO, Valmir – “Direito adquirido contra as emendas constitucionais”, IN RDA 202/75-80, RJ, FGV, 1995.
- CAVALCANTI, Francisco – “O novo regime previdenciário dos servidores públicos”, Editora Nossa Livraria, Recife-Maceió, 1999.
- DANTAS, Ivo – “Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade”, RJ, Editora Lúmen Júris, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – “Poder constituinte e direito adquirido”, IN RDA 210/1-9, RJ < FGV, 1997.
- FRANÇA, Limongi “A irretroatividade das leis e o direito adquirido”, 4^a. ed., RT, SP, 1982.
- FROMONT, Michel – “Le principe de securité juridique”, “L’actualité juridique - , Droit Administratif, Paris, 1996.
- HORTA, Raul Machado – “Constituição e Direito adquirido”, IN “Estudos de Direito Constitucional” Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito – “Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais”, IN Revista dos Tribunais n. 714/19-26, 1995.

MARTINEZ, Wladimir Novaes – Reforma da Previdência Social – Comentários à Emenda Constitucional n. 20/98, SP, LTR, 1999.

MILESKI, Hélio Saul – O regime Previdenciário do servidor público à luz da emenda Constitucional n. 20/98, IN Revista Interesse Público, Ano I, n. 2, abril/junho, SP, Notadez, 1999.

MODESTO, Paulo – “Reforma administrativa e direito adquirido”, IN Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, n. 8, Salvador, novembro de 2001.

PONTES FILHO, Valmir – Direito adquirido ao regime de aposentadoria, IN Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, n. 8, Salvador, novembro de 2001

RAO, Vicente – “O Direito e a vida dos direitos”, 3^a ed. SP, ERT, 1991.

ROUBIER, Paul – “Le droit transitoire- conflits des lois dans le temps”, 2e ed., France, Dalloz, 1993.

SILVA, José Afonso da – “Reforma Constitucional e Direito adquirido”, IN RDA 213/121-131, RJ, FGV, 1998.

ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA¹

Alexandre Costa de Luna Freire²
Juiz Federal

SUMÁRIO: I – Administração, Administração Judiciária e Administração Judicial; II – Arte e Ciência

I – ADMINISTRAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL

Se ainda não se consolidou a consensualidade em torno da importância da Administração como ferramenta ou ciência na gestão pública de serviços judiciais³ e judiciários⁴, a tendência é, todavia, convergente no sentido da paula-

¹ Trata-se de versão ampliada e modificada de artigo intitulado “Administração Judiciária”, que publiquei no Jornal Contraponto de 31.10.2004.

² Juiz Federal. Juiz do TRE/PB em 1989/1991, 1991/1993, 1997/1999 e 2001/2003 e como Suplente em 1995/1997 e 1999/2001. Diretor do Foro da Seção Judiciária da Paraíba em 1991, 1994 e 1997 e como Vice-Diretor em 1989, 1993 e 1996. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPB/1977. Ex-aluno do Curso Especial de Graduação em Ciências Contábeis para Graduados, do Instituto Superior de Estudos Contábeis/FGV/1978; Especialista em Direito Empresarial/UFPB/1982; Especialista em Administração Tributária/IPÊ/1981; Especialista em Direito Sanitário/UnB/2003; Mestre em Direito/UFPE/2003.

³ José Félix Muñoz Soro, em “Decisión jurídica y sistemas de información”, Madri, Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2003, retrata os tópicos para compreensão da decisão jurídica e dos sistemas de informação, segundo o esquema posto no índice da obra: “I. La decisión jurídica; II. Los sistemas de información; III. Evolución de los sistemas de información; IV. Los documentos electrónicos; V. Bases para la modelización de las decisiones jurídicas; VI. Herramientas de ayuda a la decisión jurídica.”

⁴ Sobre o processo judicial norte-americano, ver: ABRAHAM, Henry. A. The judicial process. 6ª edição, New York: Oxford University Press, 1993.

tina discussão e implementação da interdisciplinariedade nos serviços públicos. A Administração Pública, entretanto, para atingir eficiência e eficácia como finalidade coletiva e individual, tem hoje desafios inéditos e entraves seculares inseridos na cultura social e coletiva.

A iniciativa privada, desde longa data, inseriu-se em processo contínuo de modernização, de braços dados com a Ciência da Administração, como reflexo decorrente dos albos da Sociedade Industrial. O Estado, por sua vez, atrelado às peculiaridades de sua função política, trilhou caminho paralelo buscando subsídios e contribuições da disciplina emergente⁵.

As duas últimas décadas do Século Vinte delinearão um quadro social diferenciado das experiências sociais, econômicas e políticas, que ocorreram desde os últimos dois séculos. A tecnologia e o consumo das massas agregaram-se à realidade econômica do modelo social decorrente da Sociedade Industrial e da mudança de perfil, desde o Estado interventivo, planos econômicos [era a hegemonia da planificação], e a influência da figuração de novos agentes econômicos e políticos no cenário das transformações sociais.

A última década do Século Vinte⁶, portanto, emoldurada nos anos noventa, assentou um cenário até então inédito. Desde a mudança de “valores” até as inimagináveis descobertas científicas e tecnológicas, a transmutar, inclusive identidades, variáveis sociais, econômicas, políticas, como afigura-se a tentacular estrutura das redes de relacionamento [sem fronteiras espaciais e temporais] como a WEB, derrubando limitações geográficas e enraizando uma estrutura mercadológica de interações de bens e pessoas em perfis inéditos.

Uma nova Sociedade se apresenta nesse primeiro quinquênio do Século Vinte e Um. Novas e assimétricas demandas sociais, sem limitação de contingências geográficas, econômicas e individuais, situam-se em contínuos e progressivos obstáculos, soluções e perspectivas. Uma “nova ordem” está em [apa-

⁵ Especificamente em relação ao Poder Judiciário, Luiz Antônio Severo da Costa, em “A reforma do Judiciário e outros estudos”, Rio de Janeiro, Borsoi, 1975, afirma que “Para a modernização, a adequação do Judiciário aos dias de hoje, é sempre oportuna a observação de Roscoe Pound: “Nossa administração da Justiça não está decadente. Está, apenas, atrasada no tempo.” (p. 9).

⁶ Sobre o fenômeno da globalização, ver o interessante e didático “Entenda o que está acontecendo no mundo”, publicado no Caderno Especial da Folha de São Paulo, edição de 02.11.1997. Registra pontos relevantes da globalização anunciada à espera de desvendamentos como a interpretação pelos teóricos, a diminuição das distâncias, o que o mercado arrisca, a redução do mundo pela tecnologia, a intensificação das formas de exploração, os limites à ação dos Estados Nacionais e, entre outras teses, o conflito entre regionalizar ou globalizar. Ainda, o anúncio da “cultura global” ou indicativos de como empresas globalizadas trocam patrimônio por marketing. São títulos de matérias que compunham o cenário da análise.

rente apenas] contradição. A “ordem” de uma nova ordem. No plano estrito dessas considerações, que é o da ordem jurídica, como instrumento de controle social - no sentido sociológico -, surge o desafio de situar as relações jurídicas no contexto das relações, que se transformam virtualmente no campo da Sociedade em Rede⁷ e o “mutante” câmbio das subjetividades. Este é o cenário a ser desbravado, embora não se possa dizer ainda se será “domado”⁸.

⁷ Na coleção A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, Manuel Castells, em “A Sociedade em Rede”, Volume I. São Paulo, Paz e Terra, 1999, aborda os seguintes aspectos das transformações contemporâneas: A revolução da tecnologia da informação; A economia informacional e o processo de globalização; A empresa em rede: a cultura, as instituições e as organizações da economia informacional; A transformação do trabalho e do mercado de trabalho: trabalhadores ativos na rede, desempregados e trabalhadores com jornada flexível; A cultura da virtualidade real: a integração da comunicação eletrônica, o fim da audiência de massa e o surgimento de redes interativas; O espaço de fluxos; O limiar do eterno: tempo intemporal. No “O Poder de Identidade”, Volume II, 1999: Paraísos comuns: identidade e significado na sociedade em rede; A outra face da Terra: movimentos sociais contra a nova ordem global; O “verdejar” do ser: o movimento ambientalista; O fim do patriarcalismo: movimentos sociais, família e sexualidade na era da informação; Um Estado destituído de poder?; A política informacional e a crise da democracia. No “Fim de Milênio”, Volume III, 2000: A crise do estatismo industrial e o colapso da União Soviética; O surgimento do Quarto Mundo: capitalismo informacional, pobreza e exclusão social; A conexão perversa: a economia do crime global; Desenvolvimento e crise na região do Pacífico asiático: a globalização e o Estado; A unificação da Europa: globalização, identidade e o Estado em rede.

⁸ Em monografia intitulada “Breve visão política e jurídica do processo judicial e cidadania na Sociedade de Informação”, que apresentei no Curso de Mestrado em Direito da UFPE, em setembro de 2000, teço as seguintes considerações: “X. REFORMA DO JUDICIÁRIO. O modismo é uma situação que não se limita apenas ao mercado de consumo. Na política, nas artes, na literatura e no vestuário, também. A modernidade, entre outras novidades, trouxe o modismo na Administração Pública, embora em cada eleição sempre haja políticos momentâneos e, mesmo caindo de moda, alguns deles, criam moda. Estilistas da pronta entrega, costumam as situações ao prazer da encomenda. Criam marcas, sem prévio teste, ou prova, apenas se expõem, como se dispensasse controle de qualidade. A mais recente, superado o impacto do agito cambial e do prejuízo “brasileño” das reservas, concentrou-se num dos ramos do Governo chamado Poder Judiciário. Tivéssemos a tradição constitucional bicentenária americana não teríamos dificuldade em saber que há três ramos de gestão do Estado, em que se não funcionarem harmônica e independentemente deverá haver um ou mais ramos, mais “governo” do que o outro. O difícil é encontrar algum respaldo doutrinário em que se possa escrever diferentemente. Onde está dito que, de acordo com as circunstâncias, o governo é o titular de um dos Poderes e os demais giram ao seu redor? A tradição reinól, evidentemente, impôs um estilo que a ultratividade da dominação colonial dificilmente desaparecerá, à falta de condições históricas, e de cultura, principalmente, em que a desigualdade é enorme e invencível. Voltando ao modismo, a bola da vez é a Administração Judiciária, embora parte da mídia tenha assestado as baterias contra os Juízes, como acontece na “sociedade espetáculo”. É nua e crua a realidade da Administração Judiciária que não se confunde com o ofício de julgar, de administrar a tramitação processual, de proferir decisões rápidas, de conciliar conflitos, de assegurar igualdade, ou melhor, desigualdade aos desiguais. Administração Judiciária é um ramo novo da Ciência da Administração, ainda incipiente, cujo objeto não está bem definido e a grande maioria dos Juízes e funcionários o desconhece. Há algumas iniciativas visando aperfeiçoá-la, difundi-la, ensiná-la e, principalmente, aplicá-la intensivamente. Não se concebe em plena era virtual descrever as maravilhas da internet, ou a força da multimídia (das várias mídias) com formulários obsoletos para comunicação dos atos processuais, principalmente, quando a leis processuais são continuamente alteradas por Medidas Provisórias. Não fosse o THEOTÔNIO NEGRÃO, indispensável nas mesas de todos os “operadores do direito”, os despachos e decisões urgentes, talvez, não chegassem a tempo e modo com tantas “janelas” de informação. Há mais de dez anos que as ações em série desaguam na Justiça (o produto de consumo, metonímia no Estado Espetáculo) com a lentidão que merece

a devolução do empréstimo compulsório sobre combustíveis (instituído em 1986), aguardando precatórios e atualização de precatórios. A contabilidade gerencial permite avaliar se as receitas de exações forçadas superam os custos com o emperramento da máquina administrativa, nela a judicial. Em curtíssimo prazo, e há profissionais deslumbrados, as receitas extraordinariamente significativas impressionam os desavisados ou os previamente avisados nos escaninhos da informação financeira. Mas, o custo da máquina emperrada é semelhante ao funcionamento de um “jeep” com motor do também “demodé” Opala. Somente os saudosistas concebem e curtem tais viagens. Foge aos princípios de Administração a concepção de que ainda persistem milhares de autos processuais, em todo o País, aguardando o encerramento das ações, com matéria já pacificada desde o Supremo Tribunal Federal até a primeira instância. Não que o custo da Administração se limite a energia, limpeza, salário, material de consumo, etc., mas aos fatores que repercutem na estrutura funcional e dos Juízes. Quando as empresas que se pretendem competitivas investem nos fatores que aumentam a qualidade de vida dos empregados, pensam sempre em coisas importantes, dentre elas motivação, eficiência, eficácia, treinamento. No entanto, há um aspecto a considerar. A repetição de ações - as ações em série - não são as únicas existentes nas Varas que dizem respeito à Fazenda Pública, ao Poder Público. A situação, à compreensão popular, é análoga a de um restaurante à la carte que obtivesse, por igual, a franquia do MCDONALDS. Pratos de urgência, e pedidos requintados, as funções de gerente e maître cometidas aos mesmos quadros. Por isso que as peças de resistance sejam demoradas e os sanduíches, servidos com garfo e faca, e sempre com garbo. A súmula vinculante. Ah!. Antes disso, qualquer profissional com alguns anos de convívio com o Direito e com o Judiciário, há-de convir que o Supremo Tribunal Federal não deve ser uma usina de despachos/decisão-padrão. Filigranas processuais, obstacular sinuosidades recursais protelatórias, negar seguimento a irresignações diante do óbvio jurídico, manuseio de peças processuais acauteladas em superposição de capas de autos, e, ao mesmo tempo, defrontar-se com decisões definitivas e relevantíssimas, com repercussões duradouras na ordem constitucional não encontram na súmula vinculante, na mera clonagem formal, o respaldo ao valor e mérito do papel exercido pela Suprema Corte. O formalismo inútil e exagerado que domina a legislação processual é uma realidade a ser encarada. O processo instrumental, uma necessidade, para garantir a realização do direito, a estabilidade das relações sociais, a confiança na ordem jurídica, a valorização das instituições sociais. Pouco adianta uma estrutura formal, vazia, afastada da realidade, mera ilusão de deleite intelectual, que antecede ao tédio, a compulsão de livrar-se da tarefa exaustiva, fastidiosa. Quando se lida com o destino dos outros, é necessário tempo para ouvir, refletir e decidir. Soa estranho: “julgamento em série, em bloco, por indicação”. Surgem as pressões da demanda, as estatísticas, as comparações. A quantidade se sobrepõe à qualidade, à verdade de cada um, de cada situação individual posta em análise e julgamento. Nem dois irmãos univitelinos são iguais. O Supremo está assoberbado com a pleora processual invencível. De ADIN’s, ações originárias, e no exercício de competência recursal alargada em demasia. O Superior Tribunal de Justiça, decidindo e julgando o mais amplo leque de matérias, federais e estaduais, como aos milhares de votos e decisões anuais. Os Regionais Federais saltaram geometricamente de produção, embora se afinilando nos meandros recursais, a proximidade geográfica dos jurisdicionados também fez elevar o número de ações originárias e de recursos. Há uma série de situações à procura de uma vontade política para implementar mudanças, com reflexos no desempenho administrativo e funcional. Vejamos algumas: a) simplificação das leis processuais que versem ações com o Poder Público. O Código de Processo Civil está sistematicamente bem estruturado e nos mais de vinte anos de sua aplicação atende razoavelmente à realidade judiciária. Necessita de outras modificações, além das recentemente introduzidas, principalmente na comunicação dos atos processuais, para atender às transformações tecnológicas e a publicização das serventias judiciais, à unificação dos autos processuais, à uniformização de prazos processuais segundo critérios mais objetivos e modernos; b) formularização da maioria dos atos e termos processuais de modo mais objetivo (a legislação tributária e previdenciária já adota racionalmente esta prática); c) implantação de recursos tecnológicos em todas as Comarcas do País, com alocação e treinamento na área de recursos humanos, à semelhança do projeto de implantação do voto eletrônico; d) reciclagem, aperfeiçoamento e especialização de Juízes e funcionários do Poder Judiciário a nível nacional, a partir de um programa de metas, com a expansão dos programas das escolas de magistratura e de administração judiciária; e) estrutura orçamentária compatível com as necessidades e realidade de cada unidade relacionada a cada órgão do Poder Judiciário, em qualquer nível, ou fração; f) representação dos órgãos de primeira instância nos colegiados de 2º grau em matéria administrativa, no que diz respeito ao planejamento e gestão orçamentária; g) estudos sistemáticos sobre os efeitos da explosão de demandas, a nível regional, circunscrição, natureza da matéria, entre outras variáveis; h) estudos de custos e orçamentários adequados a cada realidade, a partir de critérios objetivamente definidos;

Em outra oportunidade⁹, observei que: *“Não se pode mais focar o serviço judicial como era há algumas décadas em que a sociedade movia-se mais lentamente. Hoje, as telecomunicações e a sociedade de informação integram-se a uma era virtual. Atualmente, não se é mais cidadão de uma província ou de um burgo. Pagamos tarifas “globais” e nos comunicamos com qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo, desembolsando, ou melhor, debitando em uma conta corrente, desde alguns centavos ou dólares, para custear um serviço interativo que nos é prestado¹⁰. Vivemos, também, a era do tele-trabalho e dos serviços personalizados. Do lado dos excluídos ou dos que ainda não ingressaram nesse nicho sofisticado da sociedade de serviços, a visão é que se mantém distanciada do sentido das transformações do tempo e do espaço. Dois fatores importantes a se consi-*

i) criação periódica de varas e realização de concursos para Juiz e funcionários, atendendo-se à realidade de cada órgão. São aspectos relevantes, mas não são totalmente suficientes para impulsionar uma mudança radical no emperramento. A globalização econômica implicou nas transformações das instituições e do Estado. Como ramo de Governo, o Judiciário transita numa fase de reflexão funcional, como de funcionamento. As relações econômicas entre os grupos transnacionais formam uma “potência” que antecede à visão de “poder”. O “Estado-mínimo” resulta em diminuição funcional. E, com isso, a solução de conflitos passa às chamadas vias substitutivas da jurisdição. A função jurisdicional não sendo aperfeiçoada para atender às necessidades sociais tende a relativizar-se, e, mais grave, a banalizar-se, justamente quando é massificada e depreciada. A gestão da informação é outro aspecto relevante e um dos poucos capazes de impulsionar as mudanças no âmbito da função jurisdicional. Basta ver a explosão de medidas provisórias, muitas delas, aguardando alguns anos para votação no Poder Legislativo. Nem tão urgentes que não caducam, nem tão provisórias que não durem. Nenhuma dor é tão grande que seja crônica, nem tão aguda que não passe. Não há editora nem salário que banquem a necessidade de atualização legislativa, mas cabe ao Judiciário dizer o direito e ao Cidadão não é permitido alegar ignorância da norma vigente. As bibliotecas do Poder Judiciário são simbólicas. A maior parte dos acervos constitui-se de clássicos e desatualizadas obras, poucas revistas oficiais nacionais, e mesmo defronta-se com a dificuldade orçamentária para assinatura dos Diários Oficiais e publicações da União. Aliás, o Brasil é um país inusitado. Os órgãos federais necessitam de verba orçamentária específica – conta de receita – para bancar a conta de receita da Imprensa Nacional. As publicações dos Tribunais são restritas, limitadas, com distribuição precária. Já que o Poder Judiciário é uno, porque não dispor de uma Imprensa Judiciária também una? Congregando-se todas as publicações judiciárias, desde os Diários da Justiça às revistas de jurisprudência, doutrinárias e ementários dos Juízes? Bem, diriam alguns que seria oneroso e trabalhoso! A cultura jurídica de um País é proporcional ao seu desenvolvimento político. A cidadania é produto da cultura de um povo. Cultura não é custo, é investimento. A falta de cultura é que requer, espantosamente, investimento em educação, saúde, segurança, lazer, justiça, etc.”

⁹ LUNA FREIRE. Alexandre Costa de. A lentidão e a Estatística. João Pessoa: Jornal Contraponto, de 07.03.2004.

¹⁰ Ver, a propósito: LANERI, Fernando Fueyo. Teoría y práctica de la información jurídica. São Paulo: José Bushatsky, 1977; BUFFELAN, Jean-Paul. Introduction a l’informatique juridique. Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1973; CWIKLO, Willian E. Computers in litigation support. New York: PBI, 1970; ROCHA, Manuel Lopes; MACEDO, Mário. Direito no ciberespaço. Lisboa: Edições Cosmos, 1996.

derar - as relações no tempo e no espaço - foram objeto de investigação da Filosofia Clássica e são hoje perquiridos pela Sociologia e pela Ciência.”

A “crise” das instituições no Brasil e no mundo moderno advém da chamada “crise de valores”. A existência humana é descrita, antes de tudo, a partir da luta pela sobrevivência. Desde ocasiões imemoriais o homem apenas transpôs, em algumas nações, a consciência da selva propriamente dita, para a selva de pedra, de aço, de silício, de silicone, de chips ou de qualquer outra que a tecnologia venha a proporcionar.

Referi-me, no início, aos vocábulos judicial e judiciário para, em linhas singelas, e no propósito dessas averiguações postas para reflexão, diferenciando-os de forma limitada. Por “judicial” considero apenas serviços inerentes à natureza intrínseca do processo, como ato de jurisdição decorrente da função e da natureza da atividade do órgão do Poder Judiciário inserido no processo. Enquanto que “judiciário” intento situá-lo no plano da “gestão” do processo, em qualquer nível da Jurisdição, seja um ou o conjunto de “ações” que são apresentadas ao Poder Judiciário.

A distinção é, de certa forma, sutil e, no mais das vezes, não acode à percepção ou compreensão dos menos afeitos à atividade da Justiça¹¹ [fora do plano ético, filosófico ou do senso comum] como serviço ao Cidadão. Pode-se considerar atos de “administração judicial” inerentes ao processo - como método legal que emoldura o conjunto de atos da jurisdição onde a “ação judicial” se desenvolve -, em que a atividade física e “administrativa”¹² da tramitação dos atos cartorários, secretarias, de comunicação, da elaboração dos “juízos” nos despachos não se limita a um mero “Cite-se” ou “Cumpra-se” ou “Comunique-se”.

¹¹ Sobre a história, organização, competência e funcionamento da Justiça Federal, ver: PEREIRA, Milton Luiz. *Justiça Federal. 1ª Instância*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969; CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal. 2ª edição*. Curitiba: Juruá, 1995; VIEIRA, Almir F., PALET, Jorge I. Amaral, AGUIAR, Maurício M. *Justiça Federal. Pesquisa Legislativa e Normativa*. Brasília: Maca Grupo, s/d; FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal. Histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004. E sobre a Justiça Federal da Argentina: HARO, Ricardo. *La competencia federal*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

¹² David Allen, em “Produtividade Pessoal”, Rio de Janeiro, Campus, 2001, aponta os aspectos para uma melhor produtividade do trabalho, com os seguintes enfoques e procedimentos: “Parte 1: A arte de tocar e concluir o trabalho; Capítulo 1 – Uma nova prática para uma nova realidade; Capítulo 2 – Como ter controle sobre sua vida: os cinco estágios para administrar o fluxo de trabalho; Capítulo 3 – Como fazer os projetos andarem de forma criativa: as cinco fases do planejamento de projetos; Parte 2: Como praticar a produtividade sem stress; Capítulo 4 – Hora de começar: como estabelecer o tempo, o espaço e as ferramentas; Capítulo 5 – Coletar: a hora de juntar as ‘trilhas’; Capítulo 6 – Processar: como esvaziar a ‘entrada’; Capítulo 7 – Organizar: como definir os compartimentos certos; Capítulo 8 – Revisar como manter seu sistema funcional; Capítulo 9 – Executar: como escolher as melhores ações; Capítulo 10 – Ter os projetos sob controle; Parte 3 – O poder dos princípios-chave; Capítulo 11 – O poder do hábito da coleta; Capítulo 12 – O poder da decisão sobre a próxima ação; Capítulo 13 – O poder do foco nos resultados.”

Pode-se considerar, também, atos “administrativos” o volume de serviço e atendimento de “demandas” ou “consultas” ou “informações” a quem as procura. Pode-se, ainda, considerar atos de “administração judicial” relativos a patrimônio, bens, no processo civil, penal, concursal, de falência e concordata, de jurisdição voluntária, atividade empresarial etc¹³. E, final e exemplificativamente, relativos à administração dos bens e materiais, orçamentos e de pessoal, relativos ao funcionamento do Sistema Judiciário, em seus diferentes níveis, esferas e competências¹⁴.

¹³ Como indicativo do equivalente no processo espanhol, ver o índice da obra “La administración judicial”, de Ramón Escaler Bascompte, Professor de Direito Processual da Universitat Pompeu Fabra: “II. Hipótesis de administración judicial. 1. Consideraciones previas; 2. Administraciones judiciales adoptadas sobre la totalidad de un patrimonio; 2.1. Administraciones ‘mortis causa’; 2.1.1. Administraciones judiciales em los juicios divisórios de la herencia; A. Con carácter provisional; B. Com carácter definitivo; 2.1.2. Administraciones judiciales de herencia ajenas a los juicios divisórios de la herencia. Jurisdicción voluntária; 2.2. Administraciones ‘inter vivos’; 2.2.1. Administraciones de bienes Del ausente; 2.2.2. Administraciones relacionadas con las instituciones de guarda; 2.2.3 Administración judicial em los juicios concursales; 3. Administraciones judiciales sobre elementos patrimoniales singulares; 3.1. Sobre bienes improductivos; 3.2. Sobre elementos patrimoniales productivos; 3.2.1. Frutos y rentas; 3.2.2 Empresas o grupos de empresas; 3.2.3 Acciones y participaciones; A. Razones que pueden justificar la medida em relación con las acciones; a. Para evitar la transmisión de la acción; b. Fundamentadas em el ejercicio de los derechos políticos; a’. Derecho de voto; b’. Derecho de impugnación de acuerdos sociales; c’. Decreho de suscripción preferente; d’ Derecho de minoria; c. Cuando el titular de las acciones ejerce como administrador de la sociedad; B. Motivos que pueden fundamentar la medida em relación con las participaciones; C. Acciones o participaciones que representen la mayoría del patrimonio común; D. Acciones y participaciones que representen la mayor parte de bienes y derechos pertenecientes a la empresa o adscritos a su explotación; 3.2.4. Bienes inmuebles; 3.2.5. Bienes muebles productivos; 3.2.6. Semovientes; 3.3. Según los tipos de proceso; 3.3.1 En el proceso civil; A. Como medida cautelar; a. Cuando se pretenda la entrega de bienes productivos; b. Cuando se pretendam condenas distintas a la entrega em relación con bienes productivos; B. Como medida assecurativa de la traba; C. Como administración para pago y administración em ejecuciones hipotecarias; 3.3.2. En el proceso penal; 3.3.3. En el proceso laboral; 3.3.4 En el proceso contencioso-administrativo; 3.3.5. Concurrencia de administraciones judiciales em distintos procesos.”

¹⁴ No Seminário “Administração para Diretores de Foro”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 1991, foram apontados os seguintes problemas: 1. Ausência de definição legal das atribuições do Diretor de Foro e conflito de competência normativa entre o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais Regionais Federais; 2. Sobrecarga de trabalho para o Juiz Diretor do Foro, com acumulação de funções administrativas e jurisdicionais, inclusive com acúmulo de mandato de Juiz Eleitoral; 3. Carência quantitativa de pessoal de apoio (varas e Administração), acarretando acúmulo de funções e concentração de trabalho; 4. Carência qualitativa de pessoal e ausência de política de desenvolvimento de pessoal; 5. Ausência de rotinas de trabalho sistematizadas e de manuais de normas administrativas; 6. Deficiência do planejamento orçamentário e no repasse de recursos; 7. Deficiência da informática em relação às rotinas administrativas (controle de pessoal, patrimônio, cálculos, etc); 8. Divergências de orientação entre as auditorias de controle externo e interno; 9. Ausência de reuniões sistemáticas entre Diretores de Foro para discutir e encaminhar a solução de problemas comuns; 10. Distanciamento regional dos Diretores de Foro; 11. Relacionamento da Seção Judiciária com a imprensa; 12. Custas na Justiça Federal (propunha-se na ocasião a extinção das custas); 13. Ausência de Junta Médica para viabilizar licenças de pessoal. Alguns destes problemas tiveram equacionamento ao longo do tempo; outros, não.

II – ARTE E CIÊNCIA

Expostas em linhas gerais premissas diversas que se agregam à estrutura e funcionalidade dos “serviços judiciais” como atividade-fim e dos “serviços judiciários” como atividade-meio, a primeira diretriz em busca de sondagem é fixada na relação entre Cidadão e Jurisdição, pela via da “ação judicial” como supressora da autotutela, da “justiça de mão própria”. Como uma sucedânea da “actio romana” que incorporou o direito subjetivo, pré-processual de ação-jurisdição-processo¹⁵.

Portanto, ao se falar em Administração Judiciária, as duas faces se transformam, em realidade, em faces fugazes como uma moeda em movimento. É esta a figuração que se transporta à subjetividade do raciocínio judicial diante do “cliente-cidadão”. Intermitentes “juízos” - seja uma única “ação” contida nos “autos do processo”, sejam múltiplas, individuais ou coletivas - diante da estrutura legislativa existente e da demanda avassaladora de pretensões à tutela judicial, no quadro da diversa e difusa balcanização [balcão de atendimento; neologismo, oficioso, limitado às carências coletivas de direitos individuais mínimos], que acomete ao Poder Judiciário Brasileiro no Século Vinte e Um.

A elaboração de uma “taxionomia” dos serviços judiciais ou dos serviços judiciários percorre um círculo maior, que circunscreve os serviços jurídicos públicos e privados no plano das profissões e atribuições dos ramos de Governo. O profissional em Administração pode ser considerado distinto do profissional da Administração no perfil de apropriada definição funcional e operacional. Os cursos jurídicos, devido à multiplicidade de formação acadêmica, formam

¹⁵ Ver: GUIMARÃES, Mário. O juiz e a função jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1958. O índice da obra revela a excelência e vastidão do estudo: I – Histórico; II – Juiz e Justiça; III – Do Judiciário como poder autônomo; IV – O poder de julgar; V – Classificação dos juízes; VI – Ingresso na magistratura; VII – Das nomeações para segunda instância; VIII – Do direito ao cargo – Compromisso e posse; IX – Promoção e remoção dos magistrados; X – Garantias e prerrogativas constitucionais dos magistrados; XI – Prerrogativas, vantagens e amparo assegurados aos juízes pela legislação comum; XII – Prerrogativas dos Tribunais; XIII – Tratamento, títulos e insígnias; XIV – Restrições e incompatibilidades; XV – Da suspeição ou impedimento dos juízes; XVI – Da responsabilidade administrativa e penal dos magistrados; XVII – Da responsabilidade e da não-responsabilidade civil dos juízes e do Estado pelos danos decorrentes de decisões judiciais; XVIII – Da órbita assegurada ao Poder Judiciário; XIX – Da atuação do juiz no processo; XX – Da orientação da prova; XXI – O valor das provas; XXII – O exame dos fatos, na elaboração da sentença; XXIII – A aplicação do Direito; XXIV – Partes da sentença; XXV – Forma, estilo e ética da sentença; XXVI – A sentença nos julgamentos de segunda instância ; XXVII – Dos erros, vícios e nulidades da sentença; XXVIII – Da eficácia da sentença; XXIX – Da interpretação das sentenças, reforma e extinção da força executória, pela prescrição; XXX – Da função eleitoral.

profissionais distintos. Desde os bacharéis em “Ciências Jurídicas e Sociais” aos bacharéis, meramente, em Direito. As distinções e prerrogativas da titulação diferem em formação acadêmica¹⁶.

O quadro disposto em programações diferenciadas, na estrutura dos planos de cargos e salários, entremostra a diversidade de profissionais e atribuições. Por exemplo, a distinção do assessoramento varia de acordo com o nível ou esfera de atuação. A gestão de atos cartorários não se limita ao mero conhecimento das leis processuais no tocante a prazos, certificações e atos de comunicação processual quanto a “resoluções” judiciais. Aqui e ali confunde-se a gestão de pessoas, avaliação e treinamento¹⁷. A “assessoria” de órgãos colegiados ou de direções de foro percebe a interação de conhecimentos e de formação administrativa diversa, porque envolve atribuições próprias e inerentes à

¹⁶ Segundo Antônio César Amaru Maximiano: “O processo de administrar é importante em qualquer escala de utilização de recursos. Como pessoa, ou membro de uma família, seu dia-a-dia é cheio de decisões que têm conteúdo administrativo. Definir e procurar realizar objetivos pessoais, como planos de carreira, ou elaborar e acompanhar orçamentos domésticos, ou escolher a época das férias e programar uma viagem, são todos exemplos de decisões administrativas. Com as profissões ocorre o mesmo. Estudos sobre cientistas e engenheiros mostram que as atividades desses profissionais requerem habilidades de planejamento, organização, controle e trabalho em equipe. O conteúdo administrativo no trabalho desses profissionais justifica o estudo da administração nas escolas de Engenharia, Medicina e outras disciplinas técnicas. O mesmo ocorre com advogados, vendedores e nutricionistas. Preparar uma monografia para este curso é tarefa que exige planejamento de objetivos, organização de meios, levantamento de informações e controle do resultado final. Ao longo do curso no qual você está estudando esta disciplina, em inúmeras oportunidades tomará decisões administrativas, para realizar tarefas simples e complexas. Toda atividade tem certo conteúdo administrativo, com importância proporcional a sua complexidade. Em resumo, todos administram, nas mais variadas escalas de utilização de recursos para atingir objetivos. Portanto, as habilidades administrativas são importantes para qualquer pessoas que tome decisões sobre a utilização de recursos para realizar objetivos, ou que esteja em ambientes onde essas decisões são tomadas.” In: Introdução à Administração. 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, p. 29. Para Stephen P. Robbins, em “O processo administrativo”, São Paulo, Atlas, 1978: “A Administração é um processo aplicável a todas as formas de atividades organizadas – empresas ou organizações de caridade, religiosas, educacionais, governamentais, médicas e militares.” (p. 15).

¹⁷ José Wilson Ferreira Sobrinho, em “Concretude processual. O dia-a-dia do juiz”, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, tratando da organização dos trabalhos em uma Vara federal, pondera que: “O trabalho desenvolvido em uma Vara Federal, como qualquer trabalho, necessita de certas premissas organizacionais como forma de racionalizá-lo. Já vai bem longe, felizmente, o tempo em que o juiz centralizava tudo. Hoje, com o volume avassalador de processos, um juiz não pode se dar ao luxo de fazer tudo. É preciso distribuir tarefas e fiscalizar seu cumprimento. A denominada distribuição de tarefas é, na verdade, a velha ‘delegação’, ou seja, o juiz delega para seus auxiliares certas atribuições que não têm conteúdo decisório. De fato, certos procedimentos encontráveis nas varas não necessitam de uma intervenção direta do juiz. Por exemplo: abertura de vista em caso de réplica ou contestação. Os servidores das varas poderão, com vantagem, praticar tais atos. Todavia, convém que se diga que a delegação aludida anteriormente não pode abarcar as denominadas ‘decisões judiciais’, isto é, os atos decisórios do juiz.”

administração de tribunais. Gerenciar e sistematizar informações tornou-se presuposto à eficiência da prestação jurisdicional e às rotinas de trabalho¹⁸.

A expressão tradicional “pletora processual” situava-se numa realidade que já não é mais a que se começou a perceber a partir dos anos noventa do Século findo. A expressão comum “enxurrada” de ações ou “explosão de litígios”¹⁹, é, pois, a meu ver, a “pergunta que não quer calar”, como ponto inicial da investigação de uma “arte” ou “ciência” da Administração Judiciária a permitir organicidade teórica ou prática à compreensão da nova realidade, para implementação e aperfeiçoamento dos serviços judiciais e judiciários²⁰.

¹⁸ A propósito: “Agrupar as informações pelo conteúdo, e não pela forma, significa que todos os livros, relatórios, revistas e fitas relacionados a trabalhos mais importantes são guardados juntos. A aparência ou a forma que as informações assumem (o que você poderia imaginar como a ‘categoria’ do objeto) não importa. Pense no ‘projeto’ e não na ‘categoria’.” LIVELY, Lynn. Como gerenciar informações. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 24.

¹⁹ No programa de busca GOOGLE, na internet, foram encontradas, em 24.08.2004, várias referências à expressão “explosão de litígios”. Para não me estender, registro apenas algumas: “Observatório Permanente da Justiça...4. O terceiro período: de 1996 à actualidade. 4.1. O contexto: as alterações das leis estatutárias e a explosão de litígios em tribunal.4.2...” - endereço eletrônico: opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_11.html; “...A explosão de litígios em todo o Brasil exigiu nova reestruturação da Justiça Federal de Primeiro Grau, que se dá com a aprovação da Lei 9.788, de 19...” - endereço eletrônico: www.pi.trf1.gov.br/historico/conteudo_historico.htm-11k; “Sessão de Abertura do 1º Encontro Internacional – A Mediação...as instituições judiciárias correm de ‘entrar em desregulação, impotentes para dar resposta eficiente e rápida a uma explosão de litígios, vertida em...” - endereço eletrônico: www.presidenciairepublica.pt/cgi/noticias.pl; “A UnB e o novo profissional do Direito...e social. A explosão de litígios, assinala Germán Palácio, agrava e realça a grande ineficiência do aparato judicial. Daf...” - endereço eletrônico: www.cescage.com.br/graduacao/direito. Também em relação à expressão “assoberbado de serviço”, as seguintes referências: “Indubitável que isto falta ao profissional de defesa pública, o qual, assoberbado de serviço, precisa otimizar com métodos racionais, inclusive delegando a...” - endereço eletrônico: www1.jus.com.br/doutrina/texto; “Revista OAB Goiás nº 52...No caso do Poder Judiciário, que já se encontra assoberbado de serviço, o prejuízo é enorme, uma vez que fica obrigado a movimentar sua máquina e...” - endereço eletrônico: www.oab-go.com.br/revista/52/juridico1.htm-23k; “Ex-prefeitos passam a ser julgados nas Comarcas..à Moralidade administrativa, promotor Erionaldo Cruz, diz que a medida é salutar porque vai desafogar o Tribunal de Justiça assoberbado de serviço e sem...” - endereço eletrônico: diarionordeste.globo.com/1999/09/01/010005.htm-4k; “Jus Navigandi – Doutrina – Recurso Especial e Recurso...Esta partitura do recurso extraordinário deveu-se ao Supremo Tribunal Federal estar assoberbado de serviço, sem contudo dar vazão aos processos que...” - endereço eletrônico: www.jus.com.br/doutrina/cauterec.html-53k.

²⁰ Em palestra proferida em 30.05.1996, em comemoração ao 30 anos de reorganização da Justiça Federal, ocorrida na sede da Seção Judiciária da Paraíba, em João Pessoa, o Ministro José Augusto Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, assinalou a reflexão interna que se vem fazendo sobre os problemas que afligem a Justiça Federal, nos seguintes termos: “Não pensem que os juízes federais da Justiça Federal têm se preocupado tão somente com que o povo ou a Imprensa pensam sobre ela. Também em estudos, nos quais fiz parte, no Centro de Estudos Judiciários – deixei agora, ao ser ministro – a respeito do que nós pensamos a seu respeito. É uma auto-crítica que fizemos de nossa atuação e de nossos próprios defeitos. Como se tivéssemos ido para o divã do analista, do bom analista e lá tivéssemos colocado, para a sua manipulação, todos os nossos defeitos. Várias e várias reuniões foram feitas neste sentido, em que foram sintetizados o seguintes aspectos da visão interna, da visão que os juízes federais e seus funcionários têm da Justiça Federal.” Em seguida, apontou a morosidade, o número insuficiente de juízes, a complexidade e diversidade dos procedimentos, entre outras.

Em outra ocasião²¹, ponderei que: *“Na iniciativa privada, na atividade empresarial, já se adotaram, até para atividades estritamente intelectuais, parâmetros cuja aferição a velha “contabilidade de custos” apropriava os custos do “trabalho”. O gerenciamento dos serviços judiciais tem muito que assimilar da prestação dos serviços no setor privado, como ferramenta que proporcione meios de aferir o esforço, tempo e material que são dispensados para que um processo, como método científico-legal, que deságüe num julgamento, preste os “serviços” a ele inerentes. Aí, sim, pode-se obter critérios científicos para comparar, medir e mostrar o que se faz, com eficiência, substituindo considerações vagas e genéricas sobre atividades que são desenvolvidas.”*²²

Os entes públicos, já há alguns anos, vêm-se confrontando com as intervenções empresariais na sociedade global e delas consegue arrancar modelos de gestão que, objetivando eficiência, primam pelo “downsizing”, pela descentralização decisória e, sobretudo, pela racionalização orçamentária e administrativa de inadiável aplicação à Administração Pública²³.

²¹ LUNA FREIRE, Alexandre Costa de. A lentidão e a Estatística. João Pessoa: Jornal Contraponto, de 07.03.2004.

²² Para um paralelo sobre a avaliação do desempenho de juízes e mais amplamente do Poder Judiciário de outros países, nos enfoques administrativo e judicial, ver, na internet, os seguintes documentos acessados em 19.07.2004: “Managing Judicial Performance: A Comparison of German Labor Court Judges with U.S. Administrative Law Judges at the NLRB”, de Martin Schneider - endereço eletrônico: www.bnabooks.com/ababna/intl/2002/aba2002.pdf; “The New Mexico Judicial Performance Evaluation Commission (JPEC) evaluates the performance of sitting judges and justices who are seeking retention...” - endereço eletrônico: www.nmjpec.org/-11k; “State of California Commission on Judicial Performance” - endereço eletrônico: cjp.ca.gov/-6k; “Diagnosticando o desempenho judicial: para uma ferramenta de ajuda a orientar programas judiciais de reforma”, de Linn Hambergren - endereço eletrônico: [²³ Tom Peters, em “Conheça os modelos de empresa antes de reinventar a sua”, Folha Management, nº 16, de 27.11.1995, recomenda, como método, conhecer os modelos de empresa antes de proceder à reformulação. Assim, adotando-se esse raciocínio no campo institucional, qualquer reforma no Judiciário pressupõe conhecer bem, in loco, outros modelos jurídico-institucionais. Sem sombra de dúvida, por meio de um eficaz “benchmarking”, é possível: a\) a identificação in loco do que pode ser copiado e aproveitado; b\) identificar os modelos comparáveis e compatíveis; c\) criar métodos para coleta de experiências e pô-las em prática; d\) difundir as idéias e implementar ações específicas, objetivando a qualidade.](http://search%3Fq%3D%2522judicial%2performance%2522%26start%3D40%26h1%Dpt-; %20Judicial%2Independence%20and%20Accountability%20Symposium%20-%20endereço%20eletrônico%3A%20.../search%3Fq%3D%2522judicial%2Independence%2522%26h1%3Dpt-BR%261r%3D%; %20A%20Justiça%20Cível%20e%20Penal.%20Relatório%20da%20Observatório%20Permanente%20da%20Justiça%20Portuguesa%20-%20Diretor%20Científico%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos%20-%20endereço%20eletrônico%3A%20.../440b2295ca13b1c280256d3900390049f%3FOpenDocument+%22estat%3C%ADstica+ju; %20Summary%20Reporting%20System%20Technical%20Memoranda%20-%20endereço%20eletrônico%3A%20www.flcourts.org/osaca/divisions/srs/techmenos.html; %20Title%20LI%20Courts%20Chapter%20490%20Supreme%20Court%20Judicial%20Performance%20Evaluations%20-%20endereço%20eletrônico%3A%20www.google.c.../490-32.htm+22judicial+performance%22&hl=pt-BR&ie=UTF-; %20Programa%20Judicial%20do%20Desempenho%20-%20endereço%20eletrônico%3A%20.../search%3Fq%3D%2522judicial%2Bperformance%2522%26start%3D10%26h1%3Dpt-E. Ver, ainda, a monografia “Judiciaries and innovations in horizontal accountability”, de Marcos Pimentel Tamassia, s/d e s/l.</p></div><div data-bbox=)

Por sua vez, o planejamento contém um componente indescartável que é a objetividade. A fixação de metas pressupõe métodos que a ciência nos fornece, a partir da contribuição dos que pararam para refletir nos objetivos propostos ou almejados. E o método facilita quem o emprega e pode ser transmitido por uma educação voltada para que ele, a partir da experiência, seja utilizado pela e em favor de uma maior parcela de pessoas e atividades.

Enquanto “arte” isolada, tópica ou assimétrica, devido à diversidade de órgãos geograficamente espalhados no entorno de mais de cinco mil Municípios, a espraiação “realidades” díspares à “rede de relacionamentos”, configurando um sistema adequado à Sociedade em Rede, permaneceram inúmeros percalços nos planos das idéias e filosofia da pós-modernidade.

Desse modo, a direção do foco eficiente poderá buscar a ferramenta das contribuições científicas, que conhecimentos interdisciplinares fornecem à gestão dos serviços judiciais e judiciários com profissionalismo²⁴.

²⁴ Para delimitação da interdisciplinariedade entre Administração Judiciária e Administração Judicial, assinalo os tópicos de um “roteiro” da investigação que entendo relevantes na definição das práticas administrativas: 1. A importância da Administração; 1.1. A Administração como ciência e como ferramenta; 1.2. A Administração Pública e a Administração Privada; 1.3. A Administração Pública e o Poder Executivo; 1.4. A Administração Pública e o Poder Legislativo; 1.5. A Administração no Poder Judiciário; 1.6. A Administração do Poder Judiciário; 2. A Administração de serviços jurídicos e serviços judiciários; 2.1. O que são serviços jurídicos; 2.2. Serviços jurídicos públicos e serviços jurídicos privados; 2.3. Algumas espécies de serviços jurídicos públicos; 2.4. Legislação de serviços jurídicos privados e públicos; 2.5. Serviços judiciais; 2.6. Serviços judiciários; 2.7. Clientes externos e internos; 3. O bacharel em Direito; 3.1. Os cursos jurídicos no Brasil; 3.2. As carreiras jurídicas; 3.3. As escolas jurídicas; 3.4. A Magistratura; 3.5. O Ministério Público; 3.6. A advocacia pública e privada; 3.7. Os funcionários do Poder Judiciário; 4. O profissional em Administração; 4.1. O exercício da Administração e a regulamentação profissional; 4.2. Modalidades de atuação profissional; 4.3. A Administração Judiciária e a indefinição profissional e funcional; 4.4. A elaboração científica e ferramentas necessárias; 4.5. O improviso, o imprevisto e a relação Juiz-Administrador; 4.5.1. O papel do Juiz; 4.5.2. A função do Juiz; 5. Ferramentas de trabalho; 6. A prestação jurisdicional; 6.1. A resolução judicial: despachos, decisões e sentenças; 6.2. As Audiências; 7. As partes; 8. A relação com a Administração Pública; 9. Cerimonial; 10. Juiz e Tribunal; 11. Direção do Foro; 12. O Juiz-Administrador; 12.1. A formação multidisciplinar; 12.2. O aprimoramento intelectual; 12.3. A relação com outras ciências; 12.4. O auxílio de outros profissionais; 13. O Administrador e o Juiz; 13.1. O assessoramento; 13.2. Delegação, supervisão e controle: limites e perspectivas; 14. O serviço judicial e os serviços judiciários; 14.1. O que é serviço judicial; 14.2. O que é serviço judiciário; 14.3. Possíveis imprecisões; 15. Órgãos auxiliares da Administração judicial e judiciária: 15.1. Quem são; 15.2. O que fazem; 15.3. Como fazem; 15.4. Onde fazem; 15.5. Quando fazem; 15.6. Para quê fazem; 15.7. Como são vistos pelos clientes internos e externos; 16. A Administração da Justiça; 16.1. Visão interna; 16.2. Visão externa; 16.3. Visão histórica; 16.4. Os novos tempos; 16.5. Necessidade de administração científica; 16.6. A Justiça como serviço; 16.7. A serviço da Justiça; 16.8. O serviço da Justiça; 17. O jurisdicionado, o cidadão e o contribuinte; 18. O Judiciário e os outros Poderes: a elaboração e a execução das leis necessárias ao funcionamento da Justiça; 19. Tempo e eficiência: o princípio da eficiência na Administração Pública; 20. A sentença não é tudo. O processo e o orçamento; 21. O cidadão e o Estado: quem é mais parte?; 22. Os três Poderes constituídos e o Poder Constituinte; 22.1. Quem são e o que fazem; 22.2. Como fazem; 22.3. Para quê fazem; 23. A separação dos Poderes; 23.1. Nem tão próximos que não se possam afastar, nem tão distantes que não se possam aproximar; 23.2. Democracia, tradição, moralidade e impessoalidade: o império da lei; 23.3. Autoridade é quem está autorizado por lei; 23.4. O desvio de poder; 23.5. Autotutela; 23.6. A harmonia na separação: em que consiste a independên-

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABRAHAM, Henry. A. **The judicial process**. 6ª edição, New York: Oxford University Press, 1993.
- ALLEN, David. **Produtividade Pessoal**. Rio de Janeiro, Campus, 2001.
- BASCOMPTE, Ramón Escaler. **La administración judicial**. Barcelona: Atelier, 2004.
- BRASIL. **Administração para Diretores de Foro**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, dezembro de 1991.
- BUFFELAN, Jean-Paul. **Introduction a l'informatique juridique**. Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1973.
- CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da Justiça Federal**. 2ª edição, Curitiba: Juruá, 1995.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Volume I, São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. **O Poder da Identidade**. Volume II, São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. **Fim de Milênio**. Volume III, 2ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- COSTA, Luiz Antônio Severo da. **A reforma do Judiciário e outros estudos**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1975.
- CWIKLO, Willian E. **Computers in litigation support**. New York: PBI, 1970.
- DELGADO, José Augusto. **30 anos de reorganização da Justiça Federal**. João Pessoa: Justiça Federal na Paraíba, 30.05.1996.

cia; 24. Ciências afins e indispensáveis; 24.1. Finanças públicas; 24.2 Estatística judicial e judiciária; 24.3 Informática e ciência da informação; 24.3.1. Internet; 24.3.2. Mídia; 24.3.3. comunicação; 24.3. Psicologia institucional e psicopatologia forense; 24.4. Economia e contabilidade; 25. A sociedade global: a esfinge e solução de conflitos; 25.1. O que é globalização; 25.2. A Constituição global; 25.3. A economia e o estado mínimo; 25.4 O papel do Poder Judiciário como ramo do Governo; 25.5. A solução dos conflitos pelo Estado; 25.6. A proposta da solução alternativa de conflitos; 25.7. Substitutivos de jurisdição: a solução para quem?; 26. A ciência da informação; 26.1. O que é; 26.2. Para quem; 26.3. O suporte para o Direito; 26.4. O suporte para o processo; 26.5. Administrando informação em tempo e mudança virtuais; 26.6. A tecnologia da informação; 27. Novas perspectivas; 27.1 . A Administração Judiciária; 27.2. A Administração Judicial; 27.3. A atividade administrativa; 27.4. Pessoal; 27.5. Finanças públicas; 27.6. Comunicação; 27.7. Administração estratégica de serviços.

- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Concretude processual. O dia-a-dia do juiz.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.
- FREITAS, Vladimir Passos de. **Justiça Federal. Histórico e evolução no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2004.
- GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HARO, Ricardo. **La competencia federal.** Buenos Aires: Depalma, 1989.
- LANERI, Fernando Fueyo. **Teoría y práctica de la información jurídica.** São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- LIVELY, Lynn. **Como gerenciar informações.** Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- LUNA FREIRE, Alexandre Costa de. **Breve visão política e jurídica do processo judicial e cidadania na Sociedade de Informação.** Monografia apresentada no Mestrado em Direito da UFPE, setembro de 2000.
- _____. **A Lentidão e a Estatística.** João Pessoa: Jornal Contraponto, de 07.03.2004.
- MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Introdução à Administração.** 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2000.
- PEREIRA, Milton Luiz. **Justiça Federal. 1ª Instância.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.
- PETERS, Tom. **Conheça os modelos de empresa antes de reinventar a sua.** São Paulo: Folha Management, nº 16, de 27.11.1995.
- ROBBINS, Stephen P. **O processo administrativo.** São Paulo: Atlas, 1978.
- ROCHA, Manuel Lopes; MACEDO, Mário. **Direito no ciberespaço.** Lisboa: Edições Cosmos, 1996.
- SORO, José Félix Muñoz. **Decisión jurídica y sistemas de información.** Madri: Fundacion Beneficientia et Peritia Iuris, 2003.
- VIEIRA, Almir F., PALET, Jorge I. Amaral, AGUIAR, Maurício M. **Justiça Federal. Pesquisa Legislativa e Normativa.** Brasília: Maca Grupo, s d.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

Tarcísio Barros Borges

Juiz Federal

Sumário: 1. Introdução; 2. A garantia constitucional da coisa julgada; 2.1. Coisa julgada e garantia constitucional instrumental; 2.2. Coisa julgada e segurança jurídica; 3. O parágrafo único do art. 741 do CPC e a ponderação de interesses constitucionais; 4. Relatividade dos princípios e valores jurídicos constitucionais; 5. O princípio constitucional da igualdade; 6. A garantia constitucional da coisa julgada frente ao princípio constitucional da igualdade; 6.1. Coisa julgada e supremacia da Constituição; 6.2. Supremacia da Constituição e ato judicial; 6.3. A nova redação do art. 741, parágrafo único, do CPC, e a sua recepção pela jurisprudência nacional; 7. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada – Necessidade de imposição de limites à flexibilização; 8. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e a relativização da coisa julgada; 9. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o alcance e limites da garantia constitucional de proteção à coisa julgada, especificamente no que se refere à possibilidade da legislação ordinária permitir, além dos casos tradicionalmente previstos para a desconstituição da decisão judicial transitada em julgado, como, *ex. gr.*, a ação rescisória, uma redução da abrangência da força da coisa julgada.

Será analisada, especificamente, a questão da constitucionalidade do art. 741, § único do CPC, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/

2001, atualmente em vigor por força da Emenda Constitucional n. 31, de 11.9.2001, norma que possibilitou considerar-se “*inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal*.”. Como se vê, trata-se de dispositivo legal que permite, por invocação implícita ao princípio constitucional da “*força normativa da Constituição*”¹, a negativa de eficácia de título executivo, o qual, evidentemente, houvera transitado em julgado. O dispositivo amplia, pois, para além dos casos previstos para a ação rescisória, a possibilidade de rescisão de decisão judicial irrecurível, sem, vale ressaltar, expressamente disciplinar a sua aplicação no âmbito do Direito intertemporal. Nota-se que a regra em destaque, na verdade, tem como resultado prático a possibilidade de rescisão, a qualquer tempo, de sentença contrária à Constituição, seja porque a decisão fundou-se em lei posteriormente declarada inconstitucional, seja pelo fato de que a aplicação ou interpretação do problema jurídico posta na sentença implicou em fraude à Constituição.

O assunto, como não poderia deixar de ser, tem se revelado polêmico, ainda mais no momento em que a doutrina pátria volta os olhos para o tema da chamada “*relativização da coisa julgada*”, o qual foi estudado por juristas de renome, mesmo antes do advento da citada alteração legislativa, tanto sob uma perspectiva positiva como, também, sob uma ótica mais crítica. Sobre o tema já escreveram, entre outros, vale citar, *CANDIDO RANGEL DINAMARCO*², *PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA*³, *JOSÉ AUGUSTO DELGADO*⁴, *HUMBERTO THEODORO JUNIOR*⁵ e *OVÍDIO BATISTA*⁶.

¹ Expressão cunhada pelo jurista alemão KONRAD HESSE em obra de grande valor para o constitucionalismo moderno (*A força Normativa da Constituição*), entre nós traduzida pelo Ministro GILMAR MENDES, na qual o jurista procura desmistificar os ensinamentos de FERNDINAD LASSALLE, que considerava a Constituição como uma simples decorrência dos “*fatores reais de poder*”, sem condições efetivas de promover o implemento prático das regras e princípios jurídicos inscritos na Lei Maior.

² Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, RT, ano 28, nº 109, janeiro/março de 2003.

³ Contribuição à Teoria da Coisa Julgada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

⁴ Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais, *Jurisprudência do STJ*, nº 18, ed. Brasília Jurídica.

⁵ In Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais do para seu controle. Theodoro Júnior, Humberto. Faria, Juliana Cordeiro de, São Paulo: Editora América Jurídica, 2003.

⁶ Coisa Julgada Relativa?. *Revista Jurídica*, ano 52, fevereiro de 2004, nº 316.

Em linhas gerais, as teses doutrinárias que trataram do tema, numa perspectiva positiva, algumas até antes da alteração legislativa aqui discutida, procuraram demonstrar que a coisa julgada cederia espaço a outros princípios, em especial os de maior valor constitucional, não podendo prevalecer o apego ao formalismo processual, já que este poria em destaque o princípio da segurança jurídica em contraposição a valores jurídicos superiores como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a legalidade e moralidade. O dogma da coisa julgada, pois, não seria revestido de valor absoluto. Nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA: “*Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a coisa julgada e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores da certeza e segurança perseguidos no ideal de Estado de Direito. Consagra-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante anos, como de caráter absoluto.*”⁷

Por outro lado, PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA já advertia em trabalho pioneiro publicado no ano de 1997 que “*no que respeita à coisa julgada, a própria legislação carece de alterações para dar ao instituto novas cores, sem o que arrisca-se a própria eficiência do Direito. Às alturas a que se eleva o valor da própria isonomia, não permite mais que o sistema jurídico, em homenagem à segurança, mantenha decisões díspares para casos iguais, rompendo com vários cânones constitucionais, em holocausto a intangibilidade da coisa julgada.*”. O eminente magistrado federal, vale dizer, na mesma obra, formulou proposta ousada de alteração legislativa, no sentido da instituição de ação revisional de coisa julgada, a qual consistiria, em linhas gerais, em uma espécie de ação rescisória sem limite temporal.

Como a nova redação do art. 741, parágrafo único, do CPC, determinada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, veio a introduzir no ordenamento jurídico, de forma expressa, o conceito de **relativização da coisa julgada**, torna-se imperioso voltar ao tema, em especial para apresentá-lo sob uma perspectiva constitucional, já que, como visto, a motivação expressa do legislador ordinário para a edição da norma tem fundamento direto na Constituição Fede-

⁷ A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In Coisa Julgada Inconstitucional, coord. Carlos Valder do Nascimento, 3ª ed., América Jurídica, p. 80.

ral e na forma como esta norma maior é aplicada pelo seu guardião máximo, o Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência, por sua vez, vem revelando seu caráter inovador e construtivo, ao começar a admitir a mitigação da antes inatingível fortaleza da coisa julgada, mesmo antes da alteração legislativa, e, depois desta, com maior respaldo legislativo, o qual possibilita ao juiz extrair da força da Constituição, obedecendo a certos requisitos, valores constitucionais de primeira grandeza, que permitem negar eficácia aos efeitos de uma decisão judicial “*inconstitucional*”, mesmo que tal decisão tenha transitado em julgado e que o prazo para a interposição de ação rescisória já tenha expirado.

Este estudo considerará, ainda, a tese, plenamente aceita pela jurisprudência e doutrina constitucionais, da relatividade dos princípios e normas constitucionais, assim como a possibilidade de conjugação prática ou ponderação de interesses entre valores jurídico-constitucionais expressamente ou implicitamente inscritos na Constituição. De maior interesse, na matéria específica ora em estudo, é a confrontação entre o princípio constitucional da isonomia, ou igualdade, e o da segurança jurídica, o qual é revelado no Texto Magno pelo princípio da irretroatividade da lei, que privilegia o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e, mais especialmente, a coisa julgada, na forma do art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental editada em 1988.

Por fim, algumas considerações sobre o chamado princípio da razoabilidade, por alguns nominado de princípio da proporcionalidade, serão necessárias, tendo em vista o fato de que estes princípios constitucionais são cada vez mais estudados e aplicados pela jurisprudência dos tribunais, em especial pela Suprema Corte, sendo certo que o correto entendimento do mesmo permite ao juiz um novo paradigma – de maior, por assim dizer, *sofisticação* – para a aferição da constitucionalidade das leis e de atos normativos e administrativos editados pelo Estado.

Registro, para finalizar esta introdução, que minhas preocupações neste trabalho se voltam para a relativização da coisa julgada material, isto é, aquela que, segunda a doutrina tradicional, implica em efeitos no direito material objeto do processo, de modo a definir de modo preciso e definitivo uma determinada relação jurídica entre as partes, a qual foi objeto do processo de conhecimento. Também esclareço que o estudo está baseado numa perspectiva de cunho processual civil, que se revela, de forma evidentemente, mais importante do que o aspecto penal do instituto, já que, como se sabe, a coisa julgada penal ostenta força jurídica de menor relevância – principalmente pelos institutos jurídico-pro-

cessuais da revisão criminal e do *habeas corpus*, os quais permitem a revisão da condenação criminal a qualquer tempo – em comparação ao verdadeiro dogma da intangibilidade da coisa julgada no processo civil.

2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

Primeiramente, antes de avançar neste tópico, convém esclarecer não ser objeto deste breve estudo o instituto da coisa julgada em si, considerada como um fenômeno simplesmente processual. Por isso é que torna-se inútil aprofundar debates sobre o conceito da coisa julgada e sobre as demais implicações teóricas do instituto processual, em especial no que diz respeito à questão de ser, ou não, a coisa julgada um efeito da sentença, problema já clássico da teoria da coisa julgada. O que importa, para o tema em debate, é definir a abrangência constitucional do instituto processual, ou seja, sua qualificação como garantia fundamental e efeitos jurídicos daí decorrentes, ressaltando-se a demonstração da relatividade, em nível constitucional, do valor desse princípio jurídico-constitucional.

2.1. COISA JULGADA E GARANTIA CONSTITUCIONAL INSTRUMENTAL

Note-se, nestes termos, que a coisa julgada tem natureza, segundo a doutrina constitucional majoritária, de garantia individual fundamental, pois constitui-se de instrumento assecuratório para a utilização concreta de um direito material.

De fato, sobre o tema, ALEXANDRE DE MORAES pontificou:

Diversos doutrinadores diferenciam direitos e garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.⁸

⁸ Direito Constitucional, 10ª edição, 2001, Atlas, p. 59.

No mesmo sentido, constatando uma diferenciação teórica entre direito e garantia individual, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, que, em obra coletiva escrita juntamente com GILMAR FERREIRA MENDES e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, afirmou:

Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitarem, por vezes proceduralmente, o exercício do poder. São estas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais.⁹

Nota-se, pois, claramente que a coisa julgada não se constitui de um direito em si, ou seja, não é um bem da vida intrinsecamente valorado, como, e.g., a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio, etc. Tal direito – ou melhor, garantia – tem como finalidade principal dar estabilidade a uma relação jurídica na qual foram assegurados direitos materiais. A coisa julgada é, pois, acessória, incidental, instrumental em relação a um direito material, o qual corresponde, por sua vez, a um bem jurídico valorado por si só.

Sendo, como acredito, que a garantia constitucional de proteção à coisa julgada apenas tem como objetivo impedir que a legislação destrua, em caráter geral, um direito assegurado por decisão judicial, não há como não deixar de configurá-la como uma garantia fundamental, de nítido caráter instrumental, ou seja, assecuratório de outros direitos fundamentais. E não poderia ser de outra forma, já que o instituto jurídico da coisa julgada foi alçado à Constituição a partir do Direito Processual, em especial, do Direito Processual Civil, onde sua força jurídica é mais presente, em contraposição ao Direito Processual Penal, como visto acima.

Nesse sentir, também se manifesta o magistrado federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, que pontifica:

Importante frisar a diferença entre direitos e garantias fundamentais. Sem embargo de que as garantias configuram direitos, não se pode desconhecer a sua saliente natureza de instrumento de tutela

⁹ Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 1ª edição, Brasília Jurídica, p. 158.

dos direitos. Traduzem-se, como afirma Canotilho, tanto através da prerrogativa de exigir do Poder Público a proteção de direitos quanto no reconhecimento de meios processuais adequados a tanto. Como tais se pode citar o direito de acesso ao Judiciário, o mandado de segurança, individual ou coletivo, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, o direito de petição, o direito de certidão etc.¹⁰

É certo, assim, que patente a diferenciação entre a garantia fundamental constitucional e o direito fundamental também constitucional, pode-se admitir certa primazia a este último, na medida em que tutela diretamente – e não como simples instrumento – um bem jurídico de valor reconhecido intrinsecamente, tal como, a vida, a liberdade, a propriedade, etc. Esse peso diferenciado de cada instituto jurídico serve como parâmetro, como será visto adiante, para a correta aplicação da técnica de ponderação de bens ou interesses. Mais precisamente, a garantia da coisa julgada, de caráter instrumental, será confrontada com o princípio jurídico-constitucional da isonomia, este de índole material, a fim de subsidiar a verificação da conformação constitucional da norma do § único do art. 741 do CPC, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

2.2. COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA

Após essa análise preliminar, cabe dizer que a proteção constitucional à coisa julgada está prevista no ordenamento constitucional pátrio desde a Constituição Federal de 1934, desde aquela época inserida no rol dos direitos e garantias individuais, nos termos da norma do art. 113, § 1º daquela constituição, cuja redação se aproxima bastante da expressão lingüística inscrita na atual Lei Maior, *in verbis*:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Na Constituição Federal de 1988, o instituto também é referido no rol dos direitos e garantias fundamentais, especialmente na relação dos direitos individuais e coletivos, inscrita especificamente no art. 5º, XXXVI, dispositivo

¹⁰ Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 1ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, p. 14.

que estatui, tal como na origem constitucional de 1934, que: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*”. É certo, pois, que a proteção ao instituto da coisa julgada constitui-se de garantia constitucional de maior relevância, haja vista a sua referibilidade imediata ao rol de direitos e garantias fundamentais. Como se sabe, esta tipologia de direitos goza de especial proteção constitucional, já que direcionam-se a favor de direitos e liberdades individuais – posteriormente, no curso da História, alargados para uma abrangência coletiva – necessários ao ser humano frente à onipotência tradicional do poder Estatal, desde as idades médias e moderna, até o presente momento histórico¹¹.

A coisa julgada, como também o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, são revelações de um princípio jurídico mais abrangente e tradicional, concernente à estabilidade do Direito no seio social - e das relações jurídicas dele originadas -, ou seja, são decorrências do princípio da segurança jurídica. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, apoiado em VANOSI, a segurança jurídica consiste:

No conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma seja substituída.

Por sua vez, TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, ressaltam a ligação direta da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica, ao afirmarem que:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo

¹¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, no seu Curso de Direito Constitucional Positivo (16ª edição, pp. 153/175), traça um perfil histórico dos direitos fundamentais do homem, esclarecendo que as primeiras legislações que procuraram limitar o poder do Soberano datam do Império Romano, ainda que em reduzida quantidade, mas que foram desenvolvendo-se a partir da Inglaterra, principalmente pela edição da Magna Carta, de 1215, passando, por influência do iluminismo, a inserir-se nas declarações de Direitos da Independência Americana e da Revolução Francesa, para depois ser tema recorrente nas constituições contemporâneas.

modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.¹²

Igual conexão faz o eminente constitucionalista luso, J.J. GOMES CANOTILHO, ao asseverar com clareza:

A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o caso julgado. O instituto do caso julgado assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – caso julgado formal -, quer porque a relação material controvertida (“questão de mérito” “questão de fundo”) é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – caso julgado material.¹³

Já para EDUARDO ARRUDAALVIM:

A eficácia preclusiva da coisa julgada, como visto, é meio para se atingir o fim último, que é o resguardar a autoridade da coisa julgada material, como exigência de ordem pública, estabilizando-se as relações jurídicas.¹⁴

Apesar da coisa julgada ser, como visto, no nosso ordenamento constitucional, uma garantia constitucional, instituída em prol da estabilidade das relações jurídicas, não há, entretanto, definição constitucional desse instituto jurídico. A definição dos contornos e limites da coisa julgada, pois, cabe à lei ordinária.

¹² O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização, 1ª ed., 2003, RT, p. 21/22.

¹³ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª Edição, Almedina, p. 1191, p. 259.

¹⁴ Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, RT, 1999.

ria federal, por ser a matéria de competência legislativa privativa da União, nos moldes do art. 22, I, da Constituição Federal, e à doutrina do Direito Processual, à qual compete, com base na pré-compreensão do tema e nos fundamentos da teoria processual, conferir ao instituto a interpretação adequada, no momento histórico atual.

No plano infraconstitucional, o legislador ordinário federal cuidou de definir o que seria coisa julgada material, afirmando que “*denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”, nos exatos termos do art. 467 do CPC. A coisa julgada material, isto é, aquele concernente a uma sentença de mérito, foi definida como sendo uma condição especial decorrente da sentença da qual não mais cabe qualquer recurso e tem a finalidade de conferir segurança às relações jurídicas estabelecidas, cessadas ou modificadas por ato do Poder Judiciário, impedindo a discussão – no processo em que posta e em outros – indefinida da controvérsia que levaram às partes ao litígio.

Vale dizer que, a respeito da definição da qualidade da coisa julgada, a doutrina, quase à unanimidade, segue a lição do processualista italiano ENRICO TULLIO LIEBMAN, que, em obra clássica, considerou a coisa julgada não um efeito da sentença, mas sim uma qualidade especial que se agrega aos efeitos diretos da sentença, estes de cunho declaratório, condenatório, executivo, etc.

LIEBMAN assim prescreveu sobre a coisa julgada:

*A autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses se ajunta para qualificá-los e reforçá-los, em sentido bem determinado.*¹⁵

Mas adiante, na mesma obra, esclarece o processualista peninsular:

Nisto consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando: é, pelo contrá-

¹⁵ Eficácia e autoridade da sentença, 2ª ed.. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 46.

*rio, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.*¹⁶

Para os fins deste trabalho, deve-se aceitar sem maiores críticas ou ponderações o entendimento de LIEBMAN, ainda mais porque as discussões sobre a questão são, a meu ver, importantes do ponto de vista da especulação teórica no campo do Direito Processual, mas perdem valor quando se pesquisa a caracterização da coisa julgada como fenômeno constitucional e, como se faz no presente estudo, procura-se colocar esta garantia constitucional, de caráter instrumental, em contraposição com outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Assim é que a questão de definir se a coisa julgada é um efeito da sentença ou uma qualidade que se agregas aos seus efeitos típicos torna-se, de certa forma, de pouca importância e sem conseqüências lógicas ou metodológicas para a pesquisa de fundo que se propõe, qual seja, a de demonstrar a força relativa da coisa julgada no ordenamento constitucional brasileiro. E mesmo na experiência constitucional de outros países, tal como a de Portugal, onde a garantia à coisa julgada sequer é expressa no texto da Constituição, mas apenas inferida de outros princípios constitucionais, como o do Estado de Direito. Registre-se a lição de CANOTILHO sobre o tema:

*Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, expressis verbis, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional,..... e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. As exceções ao caso julgado deverão ter, por isso, um fundamento material inequívoco (exs.: "revisão de sentença", no caso de condenação injusta ou "erro judiciário"; aplicabilidade retroativa de sentença do TC declarativa da inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral).*¹⁷

O pensador português, a propósito, já esclarece que a coisa julgada não tem valor absoluto, ao ponderar que "as exceções ao caso julgado deverão

¹⁶ Op. Cit., p. 54.

¹⁷ Op. Cit., p. 260.

ter...um fundamento material inequívoco” e admitir que a decisão do tribunal constitucional possa ser umas dessas hipóteses. Entre nós, JOSÉ AFONSO DA SILVA discorreu sobre a ausência de delimitação constitucional dos contornos da coisa julgada e sobre a possibilidade de instituição de hipóteses de rescisão da sentença transitada em julgado, ao escrever que:

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.¹⁸

Como se vê, pois, a coisa julgada constitui-se de uma garantia fundamental de nível constitucional, de caráter assecuratório ou instrumental, destinada a impedir que o legislador adote medidas visando à alteração, em caráter geral e sem a interveniência do Poder Judiciário, de decisões judiciais contra às quais não cabem mais recursos. Trata-se de garantia de valor relativo no âmbito do direito constitucional, sendo lícito à lei instituir hipóteses de rescisão ou mitigação do valor da coisa julgada, cuja aplicação, em cada caso, depende de análise do Poder Judiciário.

3. O § ÚNICO DO ART. 741 DO CPC E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS

Como visto, o dispositivo infraconstitucional que aumentou as hipóteses de perda de eficácia da coisa julgada, além dos casos previstos para o cabimento da ação rescisória, foi introduzido pela Medida Provisória n. 1.984-20/2000, reeditada sucessivas vezes, cuja norma atualmente se encontra presente no corpo da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, em vigor por força da emenda constitucional n. 32/2001, na seguinte forma:

¹⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed., Malheiros, p. 437.

Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

....

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

A questão é saber se essa possibilidade de declarar a inexigibilidade de título judicial executivo contrário ao entendimento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma questão jurídica objeto da decisão exequenda afronta a garantia constitucional conferida à coisa julgada pelo dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Vê-se que estão em conflito dois princípios constitucionais: o da **isonomia** e o da **segurança jurídica**, este revelado na norma constitucional do 5º, XXXVI, que, além de conferir proteção constitucional ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, expressamente ressalta a força da coisa julgada como uma garantia constitucional. De fato, a norma infraconstitucional processual, penso, pretende ter como fundamento de validade constitucional o princípio constitucional da isonomia, de modo a possibilitar a unificação da aplicação do Direito Constitucional a todos que se encontrem na mesma situação, mesmo que alguns sejam beneficiados por decisão judicial que tenha adotado tese jurídica contrária à Constituição, tal como esta foi efetiva e definitivamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para responder a esse problema, deve-se atentar para o valor jurídico dos princípios constitucionais e seus reflexos frente a outros princípios do mesmo ordenamento constitucional, notadamente quando se der um conflito entre tais princípios. A solução do conflito deve ser resolvida pela utilização de uma técnica de interpretação e aplicação da Constituição denominada de “ponderação de interesses”, ou “ponderação de bens”, a qual vem sendo utilizada com frequência, há décadas, na prática da jurisdição constitucional de outros países, como, por exemplo, os Estados Unidos da América e Alemanha, principalmente, e que aos poucos foi absorvida pela nossa jurisprudência, sendo, atualmente, largamente empregada pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribu-

nal Federal.¹⁹ E esta técnica tem fundamental importância na resolução de problemas constitucionais, haja vista a insuficiência dos critérios clássicos de interpretação e aplicação do Direito, especialmente os tradicionais critérios cronológico, hierárquico da especialidade. É que tais critérios foram pensados – e largamente utilizados – em época na qual o Direito Constitucional não guardava a relevância que hoje ostenta, especialmente no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, em que se afirmaram direitos fundamentais básicos, como, *e.g.*, a igualdade racial, e foram afastados, no mundo ocidental, regimes de governo autoritários e ditatoriais, especialmente no último quartel do século XX.²⁰

O ministro GILMAR MENDES, com fundamento em decisão do Tribunal Constitucional alemão, explica o sentido da ponderação de interesses, por ele denominada ponderação de bens:

*A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que “tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa.”*²¹

É certo, pois, que a ponderação de interesses, ou ponderação de bens, constitui-se de técnica válida e necessária para a melhor aplicação e interpretação da Constituição. Trata-se de técnica reveladora, de forma implícita, vale dizer, da relatividade dos valores constitucionais, ao admitir que o âmbito de proteção de direitos individuais, mesmo não havendo, quanto a esses direitos, previsão expressa de limitação por meio de lei no texto da Constituição, pode ser reduzido face à aplicação de outro direito constitucionalmente garantido.

Ressalte-se que a técnica vem sendo aplicada por nossa Corte Constitucional, como nos mostra o próprio ministro GILMAR MENDES, ao citar, na

¹⁹ Sobre o tema da ponderação de interesses, conferir a obra de DANIEL SARMENTO, intitulada “A ponderação de interesses na Constituição Federal”, 1ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, na qual o autor traça um relato preciso do desenvolvimento desta técnica de interpretação da Constituição, salientando, ainda, a sua relação com o princípio da proporcionalidade e com a defesa da dignidade da pessoa humana.

²⁰ A ponderação de interesses na Constituição Federal. Sarmento, Daniel. 1ª ed., Lumen Juris, 2002, pp. 27/40.

²¹ Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 3ª Parte, Brasília Jurídica, p. 285/286.

obra mencionada, a decisão do STF no famoso caso da “farra do boi”, manifestação cultural do Estado de Santa Catarina, em que se soltavam bois na via pública e pessoas seguiam atrás em desabalada correria. No caso, julgado no RE 153.531/SC, discutiu-se a colisão entre o direito à manifestação cultural e direito ao meio ambiente equilibrado, no aspecto da proteção da fauna contra a crueldade do ser humano. Em seu voto, o ministro MARCO AURÉLIO, a propósito da ponderação entre o direito à cultura e o direito ao meio ambiente equilibrado, afirmou:

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural, mas não a prática cruel. Admitida a chamada “farra do boi” em que uma turba ensandecida vai atrás do animal em procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensanguentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em que se encontrava no interior. Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do art. 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal”.²²

É certo que a ponderação de interesses decorre logicamente do princípio da unidade da Constituição, o qual assenta a necessidade de interpretar e aplicar a Constituição de modo a que as suas cláusulas não se anulem reciprocamente. Trata-se de princípio fundamental do ordenamento constitucional, na medida em que ostenta grande valor pragmático, servindo de norte para a mais eficaz aplicação, em cada caso concreto ou problema constitucional específico, da Constituição Federal em vigor.

²² Idem. Ob. Cit., p. 300.

Sobre a questão, LUÍS ROBERTO BARROSO assevera que:

*O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.*²³

Depois, citando KONRAD HESSE, arremata:

*Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões da Constituição e evite suma limitação unilateral a aspectos parciais.*²⁴

Por sua vez, o procurador da República DANIEL SARMENTO identifica o problema do conflito principiológico que suscita a utilização da ponderação de interesses como decorrência do pluralismo ideológico que concretiza a formação do texto constitucional numa sociedade moderna, esclarecendo que:

*O pluralismo de idéias existente na sociedade projeta-se na Constituição, que acolhe, através dos seus princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes. Tais princípios, como temos visto no decorrer deste estudo, entram às vezes em tensão na solução de casos concretos. Como observou Karl Engisch, a contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui reflexo natural das desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto de, na constituição desta, tomarem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer conflito.*²⁵

²³ Interpretação e Aplicação da Constituição, 3ª ed., 1999, Saraiva, p. 188.

²⁴ Ob. Cit., p. 189.

²⁵ Ob. Cit., p. 97.

Mais adiante, o citado jurista reconhece que, apesar de não haver na Constituição uma escala de valores rígida, é possível dar prioridade a certos direitos constitucionais, considerados de maior relevância, frente a outros direitos também inscritos na Constituição, na medida em que “o intérprete terá de comparar o **peso genérico** que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a taboa de valores subjacentes à Constituição. É verdade que as Constituições não costumam conter uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo, no sentido técnico, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Isto, porém, não significa que a Lei Fundamental empreste a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob seu pálio. Nos Estados Unidos, por exemplo, a jurisprudência consolidou a doutrina das *preferred freedoms* ou *preferred rights*, que atribui um peso superior às liberdades individuais (liberdade de expressão, de religião, privacidade etc.), em relação às liberdades econômicas (propriedade, liberdade de contratar etc.), mas, sem embargo, admite ponderações entre elas. Também no direito brasileiro parece indubitável, por exemplo, que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno.”²⁶ (grifo no original). Adverte ele, ainda, que o valor, ou peso, de cada princípio será delimitado com precisão apenas quando o aplicador do Direito deparar-se com um problema concreto, já que “na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do **peso específico** que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto....O grau de compreensão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa, e pela alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema.”²⁷ (grifo no original)

²⁶ Ob. Cit., pp. 103/104.

²⁷ Ob. Cit., p. 104.

Vê-se, assim, que o princípio unidade da Constituição, para cuja aplicação exige-se a utilização da técnica da ponderação de interesses, constitui-se do fundamento constitucional para a delimitação recíproca de direitos ou garantias constitucionalmente garantidos. A segurança jurídica, como princípio constitucional revelado pela garantia da coisa julgada, pode, nesses termos, ter sua força jurídica delimitada – e restringida – pelo princípio constitucional da isonomia e da supremacia da Constituição, sendo certo que nenhum desses princípios goza de valor absoluto.

4. RELATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E VALORES JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

A doutrina constitucional tem acentuado que, sendo a Constituição a norma jurídica basilar do sistema jurídico, ela abarca os mais variados princípios e regras jurídicas, os quais, muitas vezes, contêm força jurídica que tende a anulá-los reciprocamente. Como visto, a ponderação de bens ou interesses consiste em técnica utilizada para, na presença de um caso concreto, proceder-se à devida adequação entre os interesses constitucionais em conflito.

O mestre constitucionalista português J.J. GOMES CANOTILHO reconhece a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, afirmando que:

*De um modo geral, considera-se existir **um colisão autêntica de direitos fundamentais** quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.*

....

*A **colisão de direitos em sentido impróprio** tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.²⁸ (grifos no original)*

Antes, na mesma obra, o constitucionalista luso afirma que a colisão de direitos fundamentais se resolve, na problemática da interpretação constitucional, com a utilização do princípio da concordância prática ou da harmonização, nos seguintes termos:

²⁸ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, p. 1191.

Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.²⁹ (grifos no original)

Tal princípio nada mais é do que a chamada ponderação de bens ou interesses descrita no tópico precedente. O objetivo da técnica é impedir que um princípio ou regra constitucional suprima ou reduza de forma grave outra norma de mesma hierarquia.

O tema também é tratado na doutrina pátria, tendo o professor LUÍS ROBERTO BARROSO defendido que:

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderações de bens ou valores.

....

A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição in dubio pro libertate.³⁰

De tudo o que foi dito, entendo que o princípio da concordância prática ou da ponderação de bens ou valores constitucionais tem aplicação na resolução de problemas constitucionais em que direitos constitucionais são contrapostos, devendo o órgão julgador levar em conta as peculiaridades da situação concreta para, em seguida, relativizar um dos princípios constitucionais em conflito, dando prevalência parcial – ou até total – a um deles, dependendo da força normativa do princípio principal. Ressalte-se que, dependendo do caso concreto, um dos princípios pode até mesmo anular o outro completamente, sem que isso signifique afronta ao princípio da unidade da Constituição.

O próprio professor fluminense reconhece, na mesma obra, que as antinomias constitucionais são “*solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de algumas delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido.*”³¹. Daí de-

²⁹ Ob. Cit., p. 1150.

³⁰ Interpretação e Aplicação da Constituição, 3ª Edição, Saraiva, 1999, p. 192.

³¹ Ob. Cit., p. 203.

corre que, dependendo do caso concreto em debate e do valor específico dos princípios jurídico-constitucionais em colisão, é possível dar maior prevalência a um deles frente ao outro. É que existem valores constitucionais superiores, tal como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a justiça, a liberdade, etc.

Sobre o tema específico da relatividade da coisa julgada, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em extenso estudo sobre o tema, propôs:

Uma coisa resta certa depois dessa longa pesquisa, a saber, a relatividade da coisa julgada como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza e necessidade de harmonizá-los. Tomo a liberdade de, ainda uma vez, enfatizar a imperiosidade de equilibrar as exigências de justiça nos resultados das experiências processuais, o que constitui o mote central do presente estudo e foi anunciado desde suas primeiras linhas. E por amor a esse equilíbrio que, como visto, os autores norte-americanos – menos apegados que nós ao dogma da coisa julgada da res judicata – incluem em seus estudos sobre esta a indicação das exceções à sua aplicação. Na doutrina brasileira, insere-se expressivamente nesse contexto a advertência de Pontes de Miranda, acima referida, que se levou longe demais a noção de coisa julgada.³²

A ponderação de bens ou interesses, ou como prefere CANOTILHO, a concordância prática entre princípios constitucionais em conflito, apenas revela a tese de que, na Constituição Federal, inexistente norma ou princípio jurídico dotado de valor absoluto. A relatividade dos valores jurídicos albergados pela Constituição é exigência da pluralidade de concepções e ideais que amalgamaram a concretização da Lei Maior. De fato, a título de exemplo, note-se o direito inalienável à vida, inscrito no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o qual, apesar do seu relevantíssimo valor, pode ser restringido se a União instituir a pena de morte, no caso de guerra declarada, conforme autorização constitucional expressa (art. 5º, XLVII). Também cede o direito à vida no caso do instituto penal da legítima defesa, o qual, apesar de não revelar-se expresso na Constituição, decorre implicitamente do próprio direito à vida, vez que ninguém pode ser proibido – ou por isso punido – de defender a própria vida contra agressão injusta de terceiro.

³² Relativizar a coisa julgada material. Revista de Processo, RT, ano 28, nº 109, janeiro/março de 2003, p. 22.

Outro exemplo é o do exame de DNA, em que o direito à integridade física do investigado criminalmente ou do réu na ação investigatória de paternidade pode ceder frente a outros direitos constitucionais de valor superior, como o interesse do Estado na efetiva persecução penal – em especial nos crimes de maior potencial ofensivo – ou o direito ao reconhecimento da paternidade. É certo que nestes casos a jurisprudência pátria tem se revelado conservadora, negando a realização “forçada” do exame de DNA, todavia aos poucos, com a utilização da técnica da ponderação de interesses, a tendência deve caminhar para uma posição mais avançada, no sentido de privilegiar direitos constitucionais mais substanciais, como, *e.g.*, o direito à paternidade, decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 71.374-4, ajuizado contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que determinara a realização forçada de exame de DNA em réu de ação investigatória de paternidade, proferiu decisão contrária, por apertada maioria de 6 a 4, a esta possibilidade, com fundamento nos princípios constitucionais da integridade do corpo humano, da dignidade da pessoa humana e da proteção à intimidade. *“A dissidência, por sua vez, teve à proa o Ministro Francisco Rezek, que, em voto lapidar, seguido pelos Ministros Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Carlos Mário Velloso, empreendeu genuína ponderação entre o direito à incolumidade física do réu e o direito do menor ao conhecimento do seu verdadeiro genitor. Após salientar a superlativa preocupação constitucional com os direitos da criança, pontuou o então Ministro Rezek: Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes, a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade física do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público. Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º, II, da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o artigo 343, § 2º, do CPC, como uma confissão (fls. 6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a vontade real. A Lei n. 9.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigan-*

te, bem assim a certeza que a prova pericial pode proporcionar ao magistrado.”³³.

Em face, pois, das recentes alterações na composição do STF e da natural pressão social por um Poder Judiciário mais eficaz – mais preocupado com a busca da verdade real e não meramente formal – e consciente dos problemas sociais concretos da comunidade, é de se esperar, quanto, pelo menos, à admissibilidade da colheita obrigatória do exame de DNA, por uma evolução da jurisprudência, de modo a permitir uma investigação ampla da paternidade.

Os exemplos de ponderação de bens constitucionais são inúmeros. No que se refere ao direito de propriedade, também caracterizado como direito fundamental na nossa ordem constitucional de caráter liberal e capitalista (art. 5º, XXII, da CF/88), a relatividade da sua força jurídica pode ser claramente extraída de normas constitucionais expressas, valendo citar a cláusula constitucional que determina que a propriedade atenderá seu fim social, aquelas que permitem a desapropriação por interesse público ou social e a norma constitucional que prevê a pena de perdimento para as terras nas quais forem encontradas plantas psicotrópicas, sem direito a qualquer indenização (art. 5º, XXIII e XXIV, e art. 243 da CF/88). A relativização do direito à propriedade – assim como a dos demais direitos fundamentais constitucionais – é princípio facilmente identificável no texto constitucional. Sobre o tema do direito à propriedade, o ministro GILMAR FERREIRA MENDES, explica:

*Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível caráter constitutivo. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as limitações impostas ou as novas conformações conferidas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.*³⁴

³³ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit., p. 185/186.

³⁴ Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 3ª Parte, Brasília Jurídica, p. 218.

Por sua vez, o ilustre magistrado federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR arremata:

Há aqui de suster-se constituir traço marcante dos direitos fundamentais a circunstância de que não constituem direitos absolutos, cujo exercício é levado a cabo sem restrições. A sua manifestação abusiva é algo intolerável. Interessante saber é como são demarcados seus lindes. A resposta vem de pronto: cabe ao arcabouço constitucional a tarefa de velar para que seja obstado, ou rechaçado, eventual abuso no exercício de direito fundamental.³⁵

Certificado que inexistente direito constitucional de valor absoluto e que o conflito aparente entre direitos constitucionais deve ser solucionado pela técnica da ponderação de bens ou interesses, ou da concordância prática entre valores constitucionais, resta verificar a abrangência constitucional do princípio jurídico da isonomia ou igualdade e sua confrontação com o princípio da segurança jurídica, mais precisamente no que se refere a uma das suas derivações, ou seja, a garantia constitucional da coisa julgada.

Este confronto é necessário para verificação da constitucionalidade, ou não, da norma processual objeto deste estudo, o art. 741, parágrafo único, do CPC, norma essa que confere maior valor à isonomia do que à segurança jurídica, ao vedar a exigibilidade de sentença transitada em julgado contrária à Constituição. Por isso, são necessárias algumas considerações acerca do princípio jurídico da isonomia, ou da igualdade.

5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O princípio jurídico da igualdade – também chamado de isonomia – é estruturante da Constituição brasileira, sendo o primeiro direito fundamental nela relacionado, inscrito no *caput* do seu art. 5º, na seguinte forma:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³⁵ Ob. Cit. p. 48/49.

É certo, entendo, que esse postulado constitucional goza de certa primazia no ordenamento jurídico, devendo todas as outras normas constitucionais – princípio ou regras – serem interpretados e limitados pelo alcance da isonomia. A igualdade “*constitui o signo fundamental da democracia*”.³⁶

A igualdade tem relacionamento estreito com o conceito de **Justiça** numa comunidade – que é, vale dizer, **objetivo fundamental** da República brasileira, a teor da norma do art. 3º, I, da Lei Maior. O ideal de Justiça é um objetivo básico dos estados constitucionalistas democráticos, pois, no dizer de CANOTILHO:

Estado de justiça é aquele em que se observam e protegem os direitos (rights) incluindo os direitos das minorias (Dworkin). Estado de justiça é também aquele em que há equidade (fairness) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade (Rawls).

....

*Embora a idéia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) um ideia de **igualdade**: “direito a ser considerado como um igual” (Rawls), “direito a ser titular de igual respeito e consideração (Dworkin), “direito a iguais atribuições na comunidade política” (Ackerman, Habermas), “direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei.”. A justiça fará, assim, parte da própria ideia de direito (Radbruch) e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais como os princípios da proibição de excesso, da protecção de confiança, da indemnização de danos, da igualdade, do respeito da dignidade da pessoa humana.³⁷*

O princípio da igualdade goza de certa primazia no ordenamento jurídico constitucional, irradiando seus efeitos por toda a Constituição, já que tal princípio, “além das inequívocas dimensões subjectivas já assinaladas, é também um princípio com dimensão objectiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional.”³⁸ Saliente-se que apesar da Cons-

³⁶ DA SILVA, José Afonso. Ob. Cit., p. 214.

³⁷ Ob. cit., p. 241.

³⁸ CANOTILHO, J.J. GOMES. Ob. Cit., p. 404/405.

tituição Federal referir-se à igualdade perante a lei, inexistente distinção entre a expressão igualdade perante a lei e a igualdade na lei. A igualdade perante a lei também significa que ao legislador é vedado inserir na lei tratamento discriminatório não admitido pela própria Constituição. De fato, JOSÉ AFONSO DA SILVA, com supedâneo em FRANCISCO CAMPOS e SEABRA FAGUNDES, ensina que:

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – “que, ao elaborar lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou grava-las em proporção às suas diversidades.” Aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil, concluindo que “nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei.”³⁹

Assim também entende CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem:

1. Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, caput, - que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. 2. O preceito magno

³⁹ Ob. Cit. p. 218/219.

*da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.*⁴⁰

Como visto, o princípio isonômico é de valor fundamental no ordenamento jurídico constitucional, já que seu conteúdo material ostenta referência direta com o ideal de Justiça, como acentuado por CANOTILHO. Em sendo assim, na interpretação dos problemas constitucionais, o princípio da igualdade goza de relativa primazia e direciona o intérprete e aplicador do direito no caminho mais razoável e justo. Ressalte-se, por oportuno, que o princípio constitucional da igualdade é conformador de toda a atividade estatal, qualquer que seja a sua espécie. Direciona-se, pois, tanto para a correta adequação constitucional dos atos legislativos e executivos, como também para os atos judiciais, donde resulta que as decisões, sentenças e acórdãos, para se conformarem com a Constituição, inevitavelmente devem prestar homenagem ao princípio da igualdade, o qual, como dito, é princípio constitucional de valor superior.

De fato, no sentir de HUMBERTO THEODORO JUNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA:

O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário).

....

*Em específico, quanto aos atos do Poder Judiciário, que interessam ao presente estudo, pode-se dizer que não há sua impermeabilidade aos efeitos da inconstitucionalidade, estando, pois, também submetidos ao princípio da constitucionalidade.*⁴¹

⁴⁰ Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., Malheiros, 1993, p. 9.

⁴¹ A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª ed., América Jurídica, 2003, Coord. Carlos Valder do Nascimento, p. 85.86.

6. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O ponto central deste estudo é a possível conformação constitucional da norma processual multicitada, ou seja, do art. 741, parágrafo único, do CPC, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que instituiu de forma expressa no Direito Positivo pátrio o princípio da relativização da coisa julgada. Entendo que o fundamento constitucional implícito desta norma processual é o princípio da isonomia. É que a norma objetiva a concessão de tratamento igualitário aos jurisdicionados submetidos a mesma questão jurídica.

De fato, nota-se que a norma processual em destaque, ao negar exigibilidade a título executivo contrário à Constituição – seja porque fundado em lei declarada inconstitucional pelo STF ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição – tem como finalidade última conceder um tratamento igualitário para todas as pessoas sujeitas à norma tida como inconstitucional ou à determinada interpretação da Constituição. Esse tratamento igualitário é exigência direta e concreta da própria Constituição, cujo conteúdo é plenamente influenciado pelo princípio da isonomia, como já disse CANOTILHO⁴².

Nessa linha de raciocínio, pois, entendo possível a compatibilização da garantia constitucional da coisa julgada com o princípio constitucional da igualdade, devendo o segundo princípio gozar de maior autoridade frente ao primeiro, já que exprime um verdadeiro objetivo fundamental da República brasileira. É que a garantia constitucional da coisa julgada, como dito antes, tem caráter instrumental, e revela-se decorrência do princípio da segurança jurídica, cujo conteúdo não pode ser equiparado, em termos de valores, com a força jurídica do princípio da isonomia. Não por outras razões é que doutrinadores e magistrados pátrios têm se debatido sobre a questão da chamada “relativização” da coisa julgada, enfocando a necessidade de uma análise menos processual e formalista e mais condizente com princípios constitucionais de maior estatura. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por exemplo, assevera que a coisa julgada deve ceder frente outros valores de maior peso, tal como, *e.g.*, a justiça das decisões judiciais, nos seguintes termos:

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto

⁴² CANOTILHO, J.J. GOMES. Ob. Cit., p. 404/405

a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV)⁴³

Tal afirmação, entretanto, a meu ver, deve ser acatada com o devido cuidado, no sentido de se admitir a descon sideração da coisa julgada apenas no caso do conteúdo da sentença transitada em julgada afrontar de forma razoavelmente concreta as normas e princípios constitucionais. A justiça da decisão judicial, considerada apenas sob o prisma subjetivo, evidentemente não pode ser um critério – por sua fluidez – válido para a descon sideração da coisa julgada. Também criticando a intangibilidade histórica da coisa julgada, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, anotaram:

Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a coisa julgada e ultrapassado, nos variados ordenamentos constitucionais, o prazo para sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal de Estado de Direito. Consagra-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto.⁴⁴

O juiz federal FRANCISO BARROS DIAS também oferece sua crítica à teoria tradicional da intangibilidade da coisa julgada e ressalte que esta garantia constitucional deve ceder no confronto com princípios e normas da própria constituição, especialmente quando se constar afronta à legalidade e à isonomia. Confira-se:

É comum se ouvir falar no meio jurídico sobre o respeito e a intangibilidade da coisa julgada. Não se pode olvidar da importância e respei-

⁴³ In Relativizar a coisa julgada material, Revista de Processo, n. 109, ano 28, 2003.

⁴⁴ A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª ed., América Jurídica, 2003, Coord. Carlos Valder do Nascimento, p. 80.

*to que merece o instituto da coisa julgada. Há de se convir, no entanto, que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm emprestado uma relevância tão exagerada ao instituto, que se quedam inertes diante de circunstâncias em que a coisa julgada afronta literalmente a Constituição, em especialmente os princípios da legalidade e isonomia.*⁴⁵

O também magistrado federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, já na introdução da sua obra sobre a coisa julgada, traça linhas precisas contra o dogma da coisa julgada, especialmente com fundamentos constitucionais, afirmando:

*No que respeita à coisa julgada, a própria legislação carece de alterações para dar ao instituto novas cores, sem o que arrisca-se a própria eficiência do Direito. Às alturas a que se eleva o valor da isonomia, não permite mais que o sistema jurídico, em homenagem à segurança, mantenha decisões díspares para casos iguais, rompendo com vários cânones constitucionais, em holocausto a intangibilidade da coisa julgada. Magoa fundo a noção de justiça, v.g., que determinado contribuinte pague certa exação, porque vencido em ação onde argüiu a inconstitucionalidade do tributo, quando todos os demais (ou muitos, ou alguns, ou outro) vencerem suas demandas e livram-se do ônus tributário.*⁴⁶

É certo, ainda, como entende CARLOS VALDER NASCIMENTO, que o instituto da coisa julgada, apesar de ter *status* constitucional, não depende de regulamentação pela própria Constituição, já que compete ao legislador ordinário da União definir os exatos limites desse instituto jurídico nitidamente instrumental, bem como os meios possíveis para a sua rescisão. A Constituição apenas protege, de maneira geral, a coisa julgada, impedindo que o legislador ordinário desconsidere totalmente este instituto processual ou estabelece normas processuais altamente flexibilizadoras do seu valor, condutas essas que poderiam, inconstitucionalmente, destruir a garantia fundamental da coisa julgada. De fato, afirma o citado jurista:

⁴⁵ Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional, 2000, <http://www.jfm.gov.br/docs/doutrina129.doc>, p. 8.

⁴⁶ Contribuição à Teoria da Coisa Julgada, RT, 1997, p. 10.

Como se observa, a relação jurídica material não guarda qualquer pertinência com a Constituição, posto ser assunto ali não versado. De fato, as regras inerentes a res judicata são regras no plano da lei ordinária que, por determinação de comando superior, não pode contrariar o que já foi decidido pelo Poder Judiciário, cuja sentença enfrentou o mérito, assim passando em julgado. Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto.⁴⁷

Depois, arremata que a coisa julgada não pode prevalecer se contrariar a Constituição, nos seguintes termos:

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição.....Pensar que a decisão jurisdicional, coberta pelo manto da irreversibilidade, faz-se ato jurisdicional intocável pe relegar a regra geral, segundo a qual todos os atos estatais são passíveis de desconstituição. Não há hierarquia entre atos emanados dos Poderes da República, pois, todos eles são decorrentes do exercício das funções desenvolvidas pelos agentes políticos em nome do Estado.⁴⁸

Para PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, também não cabe reconhecer na coisa julgada um instituto de valor absoluto, a força da coisa julgada deve ceder frente a outros princípios constitucionais:

Quando se fala na garantia da coisa julgada, em se encontra prevista no art. 5º, XXXVI Constituição Federal, é preciso ter em mente

⁴⁷ A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª ed., América Jurídica, 2003, Coord. Carlos Valder do Nascimento, p. 08.

⁴⁸ Ob. Cit. p. 13/14.

que se trata apenas de um princípio e, nessa qualidade, tem caráter relativo, e não absoluto.

Pensando dessa forma, é possível aceitar com tranqüilidade a hipótese de ser afastada no caso concreto a coisa julgada para que outros princípios constitucionais sejam aplicados.⁴⁹

O magistrado PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, por sua vez, reconhece expressamente a possibilidade de revisão de sentença transitada em julgado por violação do princípio isonômico, aduzindo que:

Ao lado destas hipóteses, se impõe elencar mais uma, esta em homenagem ao princípio da isonomia. Trata-se da revisão da coisa julgada em face da disparidade de tratamento, ou dito de outra forma, mercê da divergência de teses jurídicas aplicadas ao caso que se pretende rever e a outro apontado como paradigma.

Aqui, diferentemente do que ocorria na hipótese anterior, não seria necessário demonstrar o erro da sentença, nem esperar pela edição de súmula dos tribunais superiores, nem demonstrar o descompasso entre o julgado e a súmula já existente. Bastaria comprovar a identidade entre os casos e a divergência entre as teses jurídicas adotadas em um e no outro. Trata-se de privilegiar o princípio constitucional da isonomia.⁵⁰

O ministro do STJ, JOSÉ AUGUSTO DELGADO, em extenso estudo, entende que a lei pode validamente ampliar as possibilidades de mitigação da coisa julgada, sem ofensa à constituição, já que afirmou, com base em lição de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, que:

Consoante se observa, é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos.⁵¹

⁴⁹ Embargos à Execução e Decisão de Inconstitucionalidade – Relatividade da Coisa Julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180. Revista Dialética de Direito Processual, nº 2, maio/2003, p. 99.

⁵⁰ Contribuição à Teoria da Coisa Julgada, RT, 1997, p. 117/118.

⁵¹ Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª ed., América Jurídica, 2003, Coord. Carlos Valder do Nascimento, p. 43.

JOSÉ AUGUSTO DELGADO, em outro erudito estudo sobre o tema, conclui, em síntese que:

*Ora, em sendo o Judiciário um dos poderes do Estado com a obrigação de fazer cumprir esses objetivos, especialmente, o de garantir a prática da justiça, como conceber como manto sagrado, intocável, coisa julgada que faz o contrário.*⁵²

A norma processual do art. 741, parágrafo único, do CPC, introduziu uma ampliação das hipóteses de desconstituição dos efeitos da coisa julgada. Não se trata de um simples equivalente da ação rescisória, que é o instrumento processual destinado a desconstituir uma sentença ou acórdão de mérito transitado em julgado. Na verdade, a norma prescreve mais uma hipótese de inexigibilidade do título executivo. Não basta mais ter transitado em julgado a sentença condenatória, é necessário, para que o título executivo seja executado, que não haja afronta à constituição, tal como esta é interpretada e aplicada pela Suprema Corte.

Como, pois, a coisa julgada se constitui de um valor constitucional relativo, assim como todos os demais princípios e regras constitucionais, deve-se questionar se a mesma pode valer mais do que a própria Constituição. Torna-se, assim, oportuno tecer considerações acerca do princípio da supremacia da Constituição.

6.1. COISA JULGADA E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Considero que a norma do art. 741, parágrafo único do CPC, ora em debate, pode ser entendida como constitucional caso se dê uma interpretação que esse dispositivo apenas privilegia o princípio da igualdade, de modo a permitir que as questões jurídicas surgidas no meio social tenham a mesma solução. Isso é mais evidente, por exemplo, quando nos deparamos com vantagens concedidas (ou negadas) a servidores públicos em determinados processos que não chegaram à Corte Suprema, mas que, em outra ocasião, o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de negar (ou conceder) a mesma vantagem a outros servidores.

⁵² Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais, Jurisprudência do STJ, n. 18, ed. Brasília Jurídica.

Seria razoável permitir que a coisa julgada valesse contra a própria decisão do STF que deu a interpretação definitiva ao problema constitucional. Em outras palavras, **valeria a coisa julgada mais do que a própria Constituição?** Deve-se registrar que, no nosso sistema judiciário, cabe ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, dizer a última palavra sobre a validade de leis e atos jurídicos frente ao Texto Magno, ou seja, dizer o que é a própria Constituição. Em sendo assim, essa última decisão deve ser prestigiada e aplicada para todos os membros da coletividade, mesmo que a decisão definitiva da Corte Suprema esteja em confronto com outras decisões judiciais transitadas em julgado, em especial aquelas proferidas por cortes inferiores. Privilegiar a decisão definitiva da Corte Constitucional sobre o problema constitucional é, em última análise, respeitar a força normativa da própria Constituição. No dizer de KONRAD HESSE:

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância se revela incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será mais recuperado.”⁵³

⁵³ Força Normativa da Constituição, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 21/22.

A vontade da Constituição, tal como determinada pelo órgão encarregado de aplicá-la, deve ser respeitada como condição para o estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito fundamentado, basicamente, na igualdade e justiça. Este Estado Democrático de Direito, por sua vez, não se desenvolve perfeitamente se no seio social remanescem decisões judiciais contraditórias, sobre a mesma questão jurídico-constitucional, apesar do órgão instituído pela Constituição com a finalidade precípua de preservá-la já ter afirmado a vontade constitucional de forma definitiva no sentido de uma das interpretações possíveis do problema jurídico.

Não é demais lembrar que ao Supremo Tribunal Federal compete, “*precipualemente, a guarda da Constituição.*”, nos exatos termos do art. 102, *caput*, da Lei Maior. Ora, se assim é, entendo que as decisões judiciais definitivas proferidas pelo STF, seja no controle de constitucionalidade difuso, seja no controle concentrado, devem servir de parâmetro para a regulação jurídica da sociedade, de modo a pacificar o seio social de forma igualitária. Como dito antes, importa mais o tratamento igualitário dos jurisdicionados, isto é, a observância do princípio constitucional da isonomia, do que a manutenção – em homenagem ao princípio da segurança jurídica – de decisões divergentes em caso rigorosamente idênticos. É que a isonomia constitui-se de valor constitucional de relevante grandeza e que preordena a compreensão e interpretação de toda a constituição, de modo que qualquer problema constitucional deve ser analisado sob o influxo da isonomia. Por isso é que o ministro GILMAR MENDES, do STF, em decisão judicial, asseverou com acuidade:

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipualemente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além de desconside-

*ração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.*⁵⁴

A preocupação revelada na citada decisão judicial, no sentido de preservar a vontade da Constituição tal como aplicada e interpretada pelo órgão constitucional especialmente instituído para tal mister, é uma decorrência natural do **princípio da supremacia da Constituição**, de forte tradição evoluída a partir dos sistemas jurídicos ocidentais democráticos gerados a partir do Iluminismo e de suas revoluções, como, *e.g.*, a Francesa e a Independência Americana.⁵⁵ Para o professor fluminense LUÍS ROBERTO BARROSO:

*Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.*⁵⁶

Na visão deste jurista, a Constituição ostenta, na verdade, uma superlegalidade, ou seja, um valor superior às demais normas do ordenamento jurídico, pois “*a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.*”⁵⁷.

Em idêntico sentido, entende CANOTILHO, para quem “*segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídi-*

⁵⁴ RE 395.662 AgR/RS, DJU 23/04/2004. Voto transcrito do Informativo n. 344 do STF.

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro, 2ª ed., RT, 2000, p. 30/34.

⁵⁶ Interpretação e Aplicação da Constituição, 3ª Edição, Saraiva, 1999, São Paulo, p. 156.

⁵⁷ Ob. Cit., p. 159.

co-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “actualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.” (grifo no original)⁵⁸. O mestre lusitano, na mesma obra, assinala que a superlegalidade da Constituição impõe o dever de conformidade de todo ato estatal com o conteúdo da Lei Suprema, nos seguintes termos:

*Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e super legalidade formal – deriva o princípio da constitucionalidade dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção destes actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras e princípios constitucionais.*⁵⁹

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, por sua vez, ressalta que:

A compreensão da Constituição como norma, aliás, norma dotada de superior hierarquia, a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, ..., são indispensáveis para a satisfação da superior autoridade constitucional.

A supremacia constitucional deve vir acompanhada, também, de uma certa “consciência constitucional”, ou, como prefere Hesse, de uma “vontade” de constituição”. Ela reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte. Afinal, sem “consciência constitucional” ou sem “vontade de constituição”, ne-

⁵⁸ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Almedina, p. 1151.

⁵⁹ Ob. Cit., p. 826.

*nhuma sociedade consegue realizar satisfatoriamente sua Constituição ou cumprir com seus valores.*⁶⁰

O princípio da supremacia da constituição indica, assim, a necessidade de aplicação ótima da constituição, ou da máxima efetividade de sua força normativa, fazendo com que seus efeitos irradiem por toda a atividade estatal, não só em relação a atos administrativos ou legislativos, mas também em relação a atos judiciais, os quais estão, evidentemente, sujeitos a controle de constitucionalidade.

6.2. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E ATO JUDICIAL

Importa questionar, nessa linha de raciocínio, se o princípio da supremacia da constituição derivado, como visto, da superlegalidade material e formal da norma constitucional, também alcança os atos jurisdicionais. É que tradicionalmente se fala apenas no controle de constitucionalidade dirigido aos atos normativos e administrativos. Não é comum a doutrina versar sobre o controle de constitucionalidade dos atos judiciais.

Todavia, não há fundamento jurídico relevante que permita negar a eficácia do princípio da supremacia da constituição sobre os atos jurisdicionais, sendo certo que a sua aplicação a este tipo de ato estatal é condicionada à especificidade da atuação do Poder Judiciário. De fato, a própria Constituição Federal de 1988 já indica expressamente a vontade de pleno controle de constitucionalidade das decisões judiciais, ao prever que toda decisão de última instância pode ser revista pela Suprema Corte, nos termos do art. 102, III, quando “a) *contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*”. Por outro lado, a Carta Magna atribui, nos termos do seu art. 97, aos tribunais inferiores a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade nos processos de sua competência. Daí decorre, entendo, que se a Constituição demonstra de forma inequívoca um grande interesse na preservação da constitucionalidade das decisões judiciais, por meio da instituição de recursos específicos, sem fazer restrição à espécie do ato controlável, não há como deixar de reconhecer a plena incidência do

⁶⁰ Ob. Cit., p. 33/34.

princípio da supremacia da constituição sobre a atividade jurisdicional. A propósito, o jurista português PAULO OTERO tratou do tema específico, aduzindo que:

*Os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício de suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais.*⁶¹

Este mesmo doutrinador ressalta o valor do princípio da segurança jurídica, mas que pode obstar a desconstituição da coisa julgada se houver afronta à Constituição, pois a “*idéia da defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constituem princípios fundadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como fator autónomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição.*”⁶²

Por isso é que a experiência constitucional brasileira vem revelando entendimentos jurisprudenciais que põem ênfase nos princípios da força normativa da Constituição e da sua máxima efetividade e diminuem, por outro lado, a força dos princípios da segurança jurídica e da garantia absoluta da coisa julgada. Nesses termos, o ministro GILMAR MENDES, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento no qual se discutia o alcance da Súmula n. 343 do STF⁶³, afirmou:

⁶¹ Apud NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa julgada inconstitucional. In Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª ed., América Jurídica, 2003, Coord. Carlos Valder do Nascimento, p. 10.

⁶¹ Ob. Cit., p. 13/14.

⁶² Ob. Cit., p. 17.

⁶³ Não cabe ação rescisória por ofensa à literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

*A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em duas instâncias ordinárias. Privilegiar a interpretação controvertida, para a manutenção de julgado desenvolvido contra a orientação desta Corte, significa afrontar a efetividade da Constituição.*⁶⁴

A força normativa da constituição, o princípio da supremacia constitucional e o da máxima efetividade da constituição aos poucos vêm reforçando a tese de que a garantia da coisa julgada não ostenta valor absoluto e deve ceder, na forma prevista nas leis processuais, a outros princípios constitucionais de maior relevância, em especial o da igualdade. Tal entendimento doutrinário e jurisprudencial encontra guarida na nova redação do art. 741 do CPC, multicitada, o qual instituiu, no plano do direito positivo, o conceito de relativização da coisa julgada, concedendo aos jurisdicionados um meio eficaz de obstar a eficácia de uma decisão judicial contrária à Constituição.

Note-se que o dispositivo processual em comento teve como fundamento político principal, a meu ver, a necessidade de instituir um meio processual adequado para obstar a execução de sentenças contra a Fazenda Pública, as quais foram baseadas em norma legal posteriormente declarada, conforme o caso, constitucional ou inconstitucional pelo STF, e que o prazo para a ação rescisória havia esgotado. O dispositivo atinge, principalmente, servidores públicos que obtiveram vantagens remuneratórias incompatíveis com a Constituição, tal como o STF entendeu de forma definitiva. Todavia, o objetivo da norma processual não se revela abusivo, na medida em que, repita-se, há como derivar a validade da norma ordinária diretamente da Constituição, na medida em que se entende que o **princípio constitucional da isonomia** guarda força jurídica suficiente para permitir ao legislador ordinário a adoção de medidas legais que mitiguem a

⁶⁴ AgReg no RE 328.812-1, 2ª Turma, unânime, julg. 10/12/2002, DJU 11/04/2003.

garantia da coisa julgada em homenagem a princípios jurídico-constitucionais superiores.

O que importa, em última análise, é a preservação da própria Constituição, já que a manutenção, no seio da comunidade por ela regulada, de decisões judiciais em flagrante divergência com o entendimento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre determinada questão constitucional relevante, implica em enfraquecimento da “força normativa da constituição”, fazendo com que a pacificação social demandada pelo Direito seja obtida às custas de tratamento jurídico diferenciado sem a devida e razoável justificação.

A segurança jurídica, pois, deve ceder frente à supremacia da Constituição.

6.3. A NOVA REDAÇÃO DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC E A SUA RECEPÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA

Cabe notar que a norma processual ora em discussão já está sendo aplicada pela jurisprudência pátria, a qual está se sensibilizando com a necessidade de se encontrar meios jurídico-processuais adequados para efetivar a concretização do conteúdo da Constituição.

O juiz federal JAMIL ROSA DE JESUS, por exemplo, asseverou, em sentença prolatada em embargos à execução versando sobre a aplicação de percentuais de correção das contas do FGTS, reconhecidos como devidos em título executivo transitado em julgado, mas contrários ao entendimento do STF sobre a matéria, tal como definido no RE 226.855-7/RS, que:

8. A coisa julgada é garantia constitucional que visa à segurança das relações jurídicas, buscando a manutenção da paz social. Contudo, não é uma garantia absoluta, pois a própria constituição prevê a possibilidade de revisão das decisões judiciais, por meio de ação rescisória.

....

13. Assim, passou-se a admitir a oposição de embargos á execução quando o título judicial fundar-se em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pela Suprema Corte ou em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição. Como não houve declaração de inconstitucionalidade, pois a decisão ocorreu em sede de recurso extraordinário, aplica-se o referido dispositivo com base na incompatibilidade de sua aplicação.

14. A ocorrência de um fato superveniente, com natureza de causa modificativa da obrigação, condiciona a adequação da coisa julgada à legislação vigente e ao entendimento jurisprudencial, com vistas à unificação de julgamentos.

....

16. O reconhecimento de inexistência de coisa julgada contra a Constituição, e a possibilidade de sua mutabilidade quando prevista em lei, não afrontam a estabilidade das relações jurídicas. Ao contrário, confirmam a supremacia da Constituição e o direito subjetivo validamente constituído, atuando como fato de equilíbrio do ordenamento jurídico, uma vez que apenas as decisões em desconformidade com esse ordenamento terão sua execução obstada, especialmente em se cuidando de matéria de direito público, como na espécie, em que todos os destinatários da lei devem receber tratamento isonômico.⁶⁵

7. CRÍTICA À TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE LIMITES À FLEXIBILIZAÇÃO

A teoria da relativização da coisa julgada consiste em tese que veio para ficar, a qual vem se incorporando definitivamente ao nosso ordenamento jurídico, sendo certo que a doutrina, como visto acima, já havia se antecipado à alteração legislativa inscrita no art. 741, parágrafo único, do CPC, ao assumir posição heterodoxa no sentido de defender a mitigação da coisa julgada quanto esta se revelasse contrária à legalidade, moralidade, à dignidade da pessoa humana e, principalmente, à constitucionalidade.

Todavia, a relativização da coisa julgada não pode ir ao extremo de nulificar o próprio instituto da coisa julgada, o qual é previsto constitucionalmente e visa a conferir segurança jurídica às relações sociais. Entendo, assim, que a desconstituição da coisa julgada só pode validamente ser aceita em casos excepcionais, de relevância jurídica ímpar, ainda assim na forma prescrita na legislação processual em vigor. A relevância jurídica necessária para que uma sentença transitada em julgado possa ter seus efeitos desconsiderados deve derivar necessariamente de normas jurídicas superiores, ou seja, das normas constitucionais. É que não se pode admitir que a coisa julgada possa ser desconstituída por simples alegação, por exemplo, de existência de injustiça ou de imoralidade

⁶⁵ Embargos à Execução nº 2002.34.00.016205-1, 14ª Vara Federal do Distrito Federal.

na sentença. E assim é porque estes conceitos jurídicos ostentam grande carga de indeterminação ou fluidez.

Entendo, assim, que procede parcialmente a crítica de OVÍDIO BATISTA no que se refere aos trabalhos de JOSÉ AUGUSTO DELGADO e HUMBERTO THEODORO JUNIOR, na parte em que estes admitem a superação da coisa julgada no caso de sentenças contrárias ao conceito de justiça. De fato, assim asseverou o ilustre professor:

A objeção que levanto contra essa proposição começa por questionar a perigosa indeterminação do pressuposto indicado pelo magistrado, qual seja, o conceito de “grave injustiça”, análogo àquele proposto por THEODORO JUNIOR como sendo uma “séria injustiça”.

Por duas razões, parece-me impróprio condicionar a força da coisa julgada, primeiro, a que ela não produza injustiça; segundo, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração que essa injustiça seja “grave” ou “séria”. A gravidade da injustiça como condição para “confrontar”, como ele diz, a coisa julgada acabaria, sem a menor dúvida, destruindo o próprio instituto da res judicata. Veremos mais adiante por quê. Mas é possível antecipar a conclusão, valendo-se da seguinte asserção do Ministro Delgado: “A segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos pelo ordenamento jurídico são violados pela sentença”, porquanto, na estabilidade jurídica obtida pela coisa julgada é “necessário prevalecer o sentimento do justo” (p. 21).

Suponho que basta essa afirmação para que o edifício da coisa julgada desmorone. Mas o resultado parece reforçado, ainda mais, por esta asserção: “A sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiça” (p.31). Não creio necessário registrar as inúmeras hipóteses, imaginadas pelo magistrado, de “sentenças injustas” – ofensivas aos “princípios da legalidade e da moralidade” – que não devem, por isso, prevalecer, mesmo quando cobertas pela coisa julgada (pp. 24-25).⁶⁶

⁶⁶ Coisa Julgada Relativa?, Revista Jurídica, ano 52, fevereiro de 2004, nº 316, p. 11.

Sobre a tese de DINAMARCO, o professor gaúcho expõe sua crítica da seguinte forma:

CÂNDIDO DINAMARCO, por sua vez, aceita a sugestão preconizada por THEODORO JÚNIOR de que se afaste o óbice da coisa julgada, sempre que o julgador se depare com uma sentença “abusiva”, já que para o último a “sentença abusiva não é sentença” (DINAMARCO, p. 28). Quando se deve, no entanto, considerar uma sentença como “abusiva”? “Abusiva” de que situação concreta? Tenho que este conceito é imprestável, pelo grau de sua indeterminação; ou por ausência de uma relação que o vincule a uma situação concreta, a respeito da qual houvera o “abuso”. Tal como ele está posto, não se tem como referi-lo a um conceito ou a uma determinada situação fática, a respeito dos quais a sentença teria sido “abusiva”.⁶⁷

A crítica tem relevância na medida em que alerta para o perigo de uma flexibilização excessiva da coisa julgada, ao se aceitar que a sentença transitada em julgada pode ser revista com base em critérios não objetivos, ou seja, fundados em conceitos jurídicos indeterminados, tais como a justiça, a moralidade ou a abusividade da sentença.

Todavia, no que se refere à relativização da coisa julgada tal como inserida no ordenamento jurídico pátrio pelo art. 741, parágrafo único, do CPC, a crítica perde sua força argumentativa e, assim, não pode ser aceita tranquilamente. É que, nesse caso, a desconsideração da coisa julgada tem um fundamento objetivo preciso e, como visto antes, a norma processual retira seu fundamento de validade de um princípio constitucional de valor superior, ou seja, do princípio da igualdade. De fato, a relativização da coisa julgada prevista no art. 741 do CPC não pode ser criticada sob o ponto de vista da indeterminação do conceito jurídico aplicável, pois o critério para ser utilizado é a desconformidade da sentença com uma decisão concreta do Supremo Tribunal Federal, já que se considera *inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.*

⁶⁷ Ob. Cit., p. 12/13.

O critério, pois, é objetivo, pois a descon sideração da coisa julgada pode ser facilmente determinada a partir da confrontação direta entre a sentença transitada em julgado e a decisão do Supremo Tribunal que: a) declarou inconstitucional a lei utilizada como fundamento principal da sentença; ou b) deu ao problema jurídico-constitucional debatido na sentença interpretação compatível com a Constituição Federal, interpretação essa contrária àquela exposta na sentença. A inexigibilidade da sentença decorre não de critérios ou valores subjetivos, como a moralidade ou justiça, que podem variar grandemente, mas de sua contrariedade a uma decisão judicial concreta, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que, assim, serve de parâmetro definido e objetivo para verificar se a decisão transitada em julgado é constitucional, e, portando, exequível, nos moldes do art. 741, parágrafo único do CPC.

Para finalizar, ressalte-se que, apesar do texto legal não ser claro, a possibilidade de afastamento da exigibilidade do título executivo transitado em julgado, na hipótese da decisão ser incompatível com a Constituição, também exige que a controvérsia constitucional tenha sido apreciada e decidida de forma definitiva pelo STF. É que, se assim não se entender, qualquer juiz ou tribunal inferior, poderia, em tese, com base no seu entendimento pessoal sobre o problema jurídico, negar eficácia a título executivo transitado em julgado, se entender que a sentença contraria, ou seja, é “incompatível” a Constituição Federal. Não é preciso dizer que, se isto fosse possível, inúmeras decisões divergentes surgiriam, haja vista que controvérsias constitucionais relevantes costumam gerar entendimentos divergentes, fato, aliás, bastante natural.

Todavia, penso que a intenção da norma processual ora em estudo foi a de resguardar a uniformidade de tratamento entre os jurisdicionados no que se refere a problemas constitucionais de grande amplitude, uniformidade essa que só é objetivamente possível se se pressupor que existe uma decisão judicial em matéria constitucional definitiva e irrecorrível, a qual, no ordenamento constitucional pátrio, deve ser proferida necessariamente pelo Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição. Assim, a interpretação do dispositivo legal em comento impõe reconhecer que, para a sua aplicação prática, é condição necessária que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido a questão constitucional de forma definitiva, seja declarando a lei fundamento da sentença inconstitucional, seja dando ao problema constitucional uma interpretação contrária àquela colocada na sentença transitada em julgado.

8. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O princípio constitucional da proporcionalidade, também denominado de razoabilidade, tem sua origem nos Direitos norte-americano e alemão, especialmente desenvolvido após a 2ª Segunda Guerra Mundial e sempre esteve relacionado à preocupação com a limitação, pelo Poder Judiciário, de atos legislativos abusivos, arbitrários, que impõem aos administrados exigências drásticas. No dizer de SUZANA DE TOLEDO BARROS:

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, como se pretende demonstrar, tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo os fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade.⁶⁸

A proporcionalidade, segundo a citada jurista, foi alçada pela doutrina e prática constitucional americanas e europeias, especialmente a alemã, a um patamar constitucional, sendo certo que atualmente faz parte, *e.g.*, da Constituição de Portugal, no seu art. 18, 2º:

A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e/ou interesses constitucionalmente protegidos.

Tal princípio constitucional compreende três subdivisões, as quais, na visão de SUZANA BARROS, são: “*Para tanto, tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o princípio da proporcionalidade (...) é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação (...), a necessidade*

⁶⁸ O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 25.

(...) e a proporcionalidade em sentido estrito (...), os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.”⁶⁹.

Analisando o dispositivo do art. 741, parágrafo único, do CPC, frente ao princípio da razoabilidade, é necessário perquirir se a medida legislativa, que diminui a abrangência da coisa julgada, é adequada, necessária e proporcional para o fim a que se propõe, que é preservar a força normativa da Constituição e, assim, estabelecer a igualdade jurídica entre os jurisdicionados.

A resposta a tal questionamento é positiva, já que a adequação se revela patente, na medida em que o dispositivo permite que decisões judiciais inconstitucionais não produzam efeitos jurídicos. A necessidade do ato legislativo também se evidencia, vez que nem sempre é possível ajuizar ação rescisória para a correção constitucional da sentença, seja pelo fator temporal, seja pelos limites matérias impostos pelo ordenamento processual. Por fim, a medida não se afigura desproporcional, sem relação razoável entre o fim objetivado e o meio proposto.

9. CONCLUSÃO

Conclui-se, por fim, que, apesar da Constituição Federal inserir a coisa julgada como uma garantia constitucional, esse instituto jurídico não ostenta valor absoluto, de modo a prevalecer, sempre e em qualquer situação, contra princípios constitucionais mais valiosos, como, *e.g.*, o da igualdade.

É que a coisa julgada é uma garantia constitucional de caráter instrumental, assecuratória de direitos materiais, que decorre – assim como o ato jurídico perfeito e o direito adquirido - do princípio da segurança jurídica, ao qual interessa que as relações jurídicas litigiosas sejam resolvidas e consolidadas definitivamente no seio social. No confronto entre a segurança jurídica e a isonomia, deve-se conferir maior privilégio a este princípio jurídico, já que consiste em princípio constitucional de valor superior, verdadeiramente estruturante do ordenamento jurídico constitucional. A técnica de ponderação de bens ou interesses constitucionais deve ser utilizada para a verificação da constitucionalidade da norma processual sob exame, notadamente por conferir o critério próprio para a resolução de conflitos entre direitos constitucionais veiculados no mesmo

⁶⁹ Ob. Cit., p. 75.

ordenamento constitucional, tais como os aqui estudados: a isonomia e a segurança jurídica.

Note-se, por outro lado, que a garantia constitucional da coisa julgada não impede que a legislação ordinária estabeleça meios e procedimentos especiais para a sua desconstituição, tal como se dá no caso da ação rescisória – a qual é validamente aceita do ponto de vista constitucional –, já que a Constituição não definiu a imutabilidade da coisa julgada, nem definiu com exatidão os limites e contornos do instituto processual, tarefa deixada a cargo da legislação ordinária da União, a quem compete legislar sobre direito processual. Na verdade, a coisa julgada não pode valer mais do que a própria Constituição, sendo razoável admitir a constitucionalidade de lei que permite negar eficácia à coisa julgada quando a sentença pertinente contrariar decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional objeto da lide transitada em julgado.

Relembre-se que o princípio da supremacia da Constituição exige que a sua força normativa seja efetivamente implementada na comunidade por ela regulada, de modo que não se deve admitir que decisões judiciais de tribunais inferiores, contrárias ao entendimento definitivo do STF sobre o mesmo tema, possam valer mais do que o precedente da Corte Suprema, sob pena de desvirtuamento da própria Constituição.

A verdade é que o ato judicial – e não só o ato administrativo ou o legislativo – também está sujeito ao princípio da supremacia da Constituição, sendo certo que a doutrina tradicional que entendia a coisa julgada como um verdadeiro dogma, de caráter imutável, por se tratar de um ato emanado do Poder Judiciário no exercício de suas funções, não é condizente com a moderna leitura da Constituição como força jurídica primordial da comunidade estatal.

É certo que procede a crítica à teoria da relativização da coisa julgada, notadamente quanto aos que entendem pela possibilidade de descon sideração da coisa julgada com base em critérios ou parâmetros indeterminados e fluidos, como, por exemplo, a Justiça e a moralidade. Todavia, tal crítica não se aplica ao parágrafo único do art. 741 do CPC, haja vista que o dispositivo legal oferece um critério objetivo de rescisão da coisa julgada, ou seja, a confrontação direta do julgado com uma decisão da Suprema Corte em sentido contrário, exigindo-se, ainda, que a questão seja resolvida em embargos à execução, pelo próprio órgão julgado que julgou a causa originariamente.

Por fim, anote-se que o dispositivo citado não afronta o princípio constitucional da proporcionalidade, na medida em que revela-se norma legal ade-

quada, necessária e proporcional em sentido estrito para uma finalidade legítima, que é a de preservar a eficácia da Constituição Federal.

Assim sendo, o parágrafo único do art. 741 do CPC, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180/35/2001, pode ser entendido como norma válida frente à Constituição Federal, tendo em vista que privilegia a isonomia constitucional e a supremacia da constituição, evitando-se, pois, a aplicação de decisões judiciais contrárias à Constituição, tal como interpretada e aplicada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1*. São Paulo: RT, 1999.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BATISTA, Ovídio. *Coisa Julgada Relativa?* Revista Jurídica, ano 52, fevereiro de 2004, n. 316.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2001.
- CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso de. *A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3605>. Acesso em: 01/04/04.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*, Jurisprudência do STJ, n. 18, ed. Brasília Jurídica.
- _____. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In *Coisa Julgada Inconstitucional* (Coord. Carlos Valder do Nascimento). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

- DIAS, Francisco Barros. *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*. Rio Grande do Norte, 2000. Consultado através do sítio: <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina129.doc>.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, Revista de Processo, n. 109, ano 28. São Paulo: RT, 2003.
- HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- NASCIMENTO, Carlos Valder. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In *Coisa Julgada Inconstitucional* (Coord. Carlos Valder do Nascimento). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Embargos à Execução e Decisão de Inconstitucionalidade – Relatividade da Coisa Julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 2, maio/2003.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada: Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 22, Editora Síntese, março/abril de 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)*. Revista de Processo n. 106, RT, abril/junho de 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In *Coisa Julgada Inconstitucional* (Coord. Carlos Valder do Nascimento). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.

DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA (*)

Frederico Dantas ()**

Juiz Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Disciplina do direito adquirido na ordem jurídica brasileira. 3. A teoria dos direitos adquiridos. 4. Leis de ordem pública. 5. Enfrentamento da questão do direito adquirido e leis de ordem pública pela doutrina nacional. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. A ADIN n. 493/DF. 8. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A proteção ao direito adquirido, positivada como direito humano fundamental na Constituição da República, é instrumento de defesa do indivíduo perante o Estado. Tem natureza de limitação ao poder estatal, daí por que pode-se enquadrá-la no rol dos direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão, já que reúne características de garantia individual exercida contra o Estado.

O instituto, como se verá, tem raízes já no Direito Romano, que previa a irretroatividade das leis como princípio, porém, só veio a ser estudado cientificamente pela Escola Histórica Alemã, por obra de SAVIGNY, que pretendeu sistematizar as limitações ao âmbito temporal de atuação das leis, criando a teoria dos direitos adquiridos.

* Adaptação de trabalho apresentado para avaliação no módulo direitos fundamentais, do Curso de Especialização em Direito Constitucional da UFAL.

** Professor do CCJ/Centro de Estudos Superiores de Maceió e da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Juiz Federal em Alagoas.

Inspira este trabalho o exame do direito adquirido em face de leis de ordem pública, numa perspectiva constitucional da ordem jurídica brasileira. Sabe-se que a questão é deveras controversa, visto não existir na doutrina ou na jurisprudência uma delimitação segura dessa proteção constitucional.

A proposta aqui delineada é de se proceder a um estudo da teoria que originou a proteção ao direito adquirido, bem como a evolução do instituto ao longo da história constitucional do Brasil, de modo a reunir referenciais suficientes a uma análise do direito adquirido como garantia constitucional.

Pretende-se, também, buscar amparo na jurisprudência constitucional pátria, consubstanciada em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a análise da aplicação dada ao instituto pela Corte Suprema a casos concretos, a par de enriquecer o estudo, assegura que eventuais conclusões ganharão em utilidade prática, resultado de uma interface entre os critérios abstratos, da teoria, e práticos, da experiência constitucional.

Sua contraposição às leis de ordem pública, como forma de determinar o campo de proteção da garantia constitucional, é importante passo no sentido de reforçar a segurança jurídica das relações entre os indivíduos e o Estado, bem como no sentido de delimitar as fronteiras estabelecidas pelo legislador constituinte ao poder estatal, seja quando exercido pela Administração Pública ou pelo legislador infraconstitucional.

A controvérsia objeto deste estudo gira em torno da seguinte questão basilar: existe direito adquirido em face das leis de ordem pública?

A resposta a esse problema passa por várias outros questionamentos: analisar em que consiste a proteção ao direito adquirido; determinar a abrangência desta garantia; distinguir o que são leis de ordem pública e delimitar o âmbito de aplicação dessas leis em face da garantia constitucional ao direito adquirido.

2. DISCIPLINA DO DIREITO ADQUIRIDO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A legislação pátria que disciplina o direito adquirido tem fundamento constitucional, pois, conforme anteriormente observado, a proteção ao direito adquirido está insculpida como garantia fundamental na Constituição Federal de 1988. O dispositivo, longe de ser uma inovação, já faz parte da tradição jurídica brasileira.

Sua inserção nos textos constitucionais vem de 1934, mas já em 1824 existia como regra a proibição da retroatividade das leis. A Carta Imperial, em

seu art. 179, garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, estabelecendo, em seus incisos III e XI, respectivamente, que *nenhuma disposição de lei teria efeito retroativo* e que ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.

A Constituição Republicana de 1891 manteve essas regras ao dispor preliminarmente sobre a organização federal, em seu art. 11, § 3º, estatuiu ser *vedado aos Estados e à União prescrever leis retroativas* e, na sua declaração de direitos, art. 72, § 15, que ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

A Constituição da segunda república, de 1934, em seu art. 113, que tratava dos direitos e garantias individuais, inovou na redação do dispositivo, criando regras específicas para a matéria penal nos n.ºs. 26 e 27, no sentido de que ninguém seria processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita, e que a lei penal só retroagiria quando beneficiasse o réu. Instituiu, no n.º. 3 desse mesmo artigo, dispositivo que existe até hoje na ordem constitucional brasileira:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada.

Diversamente, a Carta Política outorgada, de 1937, se limitou a dispor em seu art. 122, n.º. 13, que as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicavam aos fatos anteriores.

Com a redemocratização do país, em 1946, restaurou-se o dispositivo da Constituição de 1934 no título dos direitos e das garantias individuais, art. 141, § 3º, o qual, desde então, foi reproduzido por todas as Constituições vindouras. Constava do art. 150, § 3º da Carta de 1967 e conservou-se, após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969. A Constituição de 1988 o enuncia no seu art. 5º, inciso XXXVI.

Extraí-se, da mera leitura dos textos constitucionais aqui reproduzidos, que a limitação ao âmbito temporal de atuação das leis faz parte da tradição constitucional brasileira, exceção feita à Carta Política de 1937, também chamada de “A Polaca”, porque inspirada na constituição polonesa.¹ Com efeito,

¹ Paulo Bonavides observa que seguramente a maior influência da Carta de 1937 foi a Constituição da Polônia, mas ressalta também a influência do fascismo de Mussolini e do nazismo de Hitler, cf. BONAVIDES, Paulo: História Constitucional do Brasil. Paz e Terra : Brasília, 1988, p. 339-340.

este fato por si só bem revela o caráter autoritário do regime ditatorial de Getúlio Vargas, que rompeu com mais de um século de história constitucional do Brasil.

A disciplina infraconstitucional da garantia ao direito adquirido está positivada na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 – art. 6º, **caput**, 2ª parte e § 2º. Prescrevem os citados dispositivos:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

3. A TEORIA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

O direito adquirido é um instituto jurídico e, como tal, não consagra verdade apodítica e sim um critério político. Como é cediço, o cientista do Direito não descobre leis naturais ou imutáveis; o jurista não lida com verdades reveladas ou demonstradas. Os problemas jurídicos surgem da necessidade de sistematização na solução das inúmeras perplexidades geradas pela aparente contraditoriedade da ordem jurídica.

É intuitiva a natureza eminentemente instrumental das categorias jurídicas, todas elas visando à harmonização do sistema, como meio de proporcionar à comunidade segurança, certeza e justiça. Dessa forma, a natureza dos institutos jurídicos está na finalidade a que se destinam, e o direito adquirido surgiu para delimitar o âmbito de atuação da lei no tempo; esta a sua finalidade e natureza jurídica: limite do poder.

Pode-se dizer que o direito adquirido, essencialmente, serve de critério para solução do conflito das leis no tempo, ao discriminar hipóteses em que a lei nova não pode retroagir, limitando-se a produzir efeitos para o futuro, em proteção de situações jurídicas consolidadas. Esse problema, que tem característica de sobredireito na medida em que se refere à eficácia das leis, admite diversas soluções. A adoção da teoria dos direitos adquiridos, portanto, reflete uma opção política que, para ser bem compreendida, deve ser examinada em suas raízes históricas.

Historicamente o problema da irretroatividade das leis surge com o Estado de Direito, onde se defende que a lei consubstancia a vontade do povo manifestada pelo legislador, que o representa. Até então, notadamente num período teocrático, carecia de sentido a postulação do problema, por considerar-se que o Direito era outorgado pela divindade e as próprias modificações impostas pelas necessidades sociais tidas como mandamentos da mesma procedência, novas revelações ou descobertas da vontade divina.²

A doutrina, num primeiro momento, manifestou-se pela retroatividade, excetuadas as **causae finitae**, em homenagem à superioridade do poder de legislar, expressão da vontade geral segundo o pensamento liberal de ROUSSEAU. Todavia, já no Direito Romano se vêem as origens da regra da irretroatividade. A Constituição de Teodósio, o Grande, (393) instituiu o princípio de que as leis não podiam prejudicar os fatos passados e somente os futuros.³ O direito canônico seguiu o mesmo critério, ainda que posteriormente passasse a admitir exceções no terreno do direito divino.

A comunidade científica é farta em teorias que procuram solucionar a questão da retroatividade, ou irretroatividade, das leis. Pode-se classificá-las em teorias objetivas, cujo critério é determinado em razão do efeito da lei, e subjetivas, que partem das conseqüências da lei em face de situações subjetivas que regula. A teoria dos direitos adquiridos encontra-se entre as teorias subjetivas, na medida em que seu critério fundamental é a situação subjetiva de vantagem juridicamente atribuída a um sujeito.

A primeira tentativa de apresentar o direito adquirido como critério científico para solução do conflito intertemporal das leis partiu de SAVIGNY, fruto do esforço sistematizador da Escola Histórica alemã. O renomado jurisfilósofo classifica as leis em duas categorias: as relativas à aquisição de direitos e as que dizem respeito à existência ou inexistência de um instituto jurídico, ou ao seu modo de ser ou duração. Na primeira categoria prevalece o princípio da não retroatividade, na segunda permite-se a retroatividade.

Vários autores se debruçaram sobre a questão, mas aquele cujas idéias alcançaram maior repercussão foi GABBA, referência indispensável a todos os que tratam do tema. Segundo o autor, direito adquirido é aquele resultante de

² SERPA LOPES: Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, v. I. Freitas Bastos : Rio de Janeiro, 1953, p. 155.

³ Matos Lopes, "Limites temporais da lei", In Revista Jurídica, v. 9, 1946/1948, p. 9 apud SERPA LOPES, Miguel Maria de: Curso de Direito Civil, v. I, Freitas Bastos : Rio de Janeiro, 1953, p. 156.

um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o ato veio a se realizar, assim como o momento de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da vigência de uma nova lei relativa ao mesmo, e que nos termos da lei sob cujo império aconteceu o fato de que se originou, passou a fazer parte imediatamente do patrimônio de quem o adquiriu⁴.

O conceito formulado por GABBA disseminou-se a ponto de ser generalizadamente aceito, inclusive na doutrina nacional. São exemplos os conceitos dados por dois grandes estudiosos da matéria, o Professor CLÓVIS BEVILÁQUIA⁵ e o Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA⁶, ambos consoantes com a lição antes referida.

Nesse passo, pode-se concluir que direito adquirido é aquele direito subjetivo já incorporado ao patrimônio do titular e que, pois, não mais está sujeito à incidência da lei nova ou fato posterior. Ora, se o direito adquirido é aquele incorporado ao patrimônio releva apontar que o direito subjetivo, para ser objeto de direito adquirido, deve ter caráter ou fundo patrimonial. Nesse sentido, merece nota observação feita pelo Min. NELSON HUNGRIA ao relatar Recurso em Mandado de Segurança. Refere, o eminente jurista, que não há falar-se em direito adquirido senão quando se apresenta um direito subjetivo de cor ou de fundo patrimonial⁷.

O sentido dado a patrimônio, aqui, é restrito, significando algo economicamente apreciável. Sem embargo, a despeito do respeitável entendimento de alguns autores para quem há direito adquirido incorporado ao patrimônio moral, abrangendo situações jurídicas pessoais – direito adquirido a votar, por exemplo – é de se referir que não existe direito adquirido a regime jurídico, posição

⁴ GABBA, F. . Teoria della Retroattività delle Leggi, Roma, 1891, citado por vários autores, a exemplo de DANTAS, Ivo: Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade, 2ª ed rv, Lumen Juris : Rio de Janeiro, 1997, p. 53 e, de modo geral, por todos os que tratam do tema.

⁵ BEVILÁQUIA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Bevilquia. Ed histórica. Editora Rio : Rio de Janeiro, 1979, p. 99. “Direito adquirido é um bem jurídico, criado por um facto capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de accôrdo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimonio do titular. (sic.)”

⁶ FRANÇA, “Direito Adquirido e Expectativas de Direito”, In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 25, Saraiva : São Paulo, 1977, p. 153. “É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio integral ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto.”

⁷ RMS-1539/DF, Rel. Min. Nelson Hungria. DJ 17.01.52, p. 598. Vol. 73-01, p. 51. ADJ 23.11.53, p. 3562.

esta, aliás, pacificada na jurisprudência constitucional⁸ e sustentada pela doutrina mais autorizada.⁹

Deduz-se também que o direito adquirido decorre de uma situação subjetiva de vantagem atribuída pela regra jurídica a um titular, distinguindo-se da mera expectativa de direito, cuja diferença para o direito adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo. Assim, a expectativa de direito é possibilidade, pois está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico, é **expectat perfectio- nem er complementum a facto futuro**.¹⁰

O direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. É o que se extrai da Lei de Introdução ao Código Civil, que ressalva expressamente essas situações no § 2º de seu art. 6º, como se viu anteriormente.

De posse dessas informações é de se considerar qual o conteúdo da garantia constitucional ao direito adquirido. O fato de que o enunciado da norma constitucional veda qualquer prejuízo ao direito adquirido leva, necessariamente, a questionar em que consiste este instituto jurídico, qual o seu significado específico na ordem jurídica brasileira.

A atividade de desdobrar o significado das expressões jurídicas é essencialmente científica, mas é, ao mesmo tempo, política, pois implica atuação volitiva do intérprete na escolha das várias opções possíveis quando da fixação do sentido do enunciado. A presença humana na fenomenologia da incidência é ressaltada por GABRIEL IVO¹¹ que, na esteira do pensamento de KELSEN¹²,

⁸ STF: “Teto: redução do limite remuneratório (L.C. est. 43/92-SC): inexistência de direito adquirido à manutenção do limite previsto na legislação revogada, pois é axiomático não existir direito adquirido a regime jurídico” (grifei). RE-275214/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 20.10.00, p. 00129. Vol. 02009-07, p. 01526. No mesmo sentido RMS-21946; RTJ-157/898; RMS-21988; RTJ-160/466; RE-146749; RTJ-158/228; RE-160438; RTJ-167/267; informativo 101, RE-163817; RE-191394; RE-210976.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: Curso de Direito Administrativo, 12ª ed rv at amp., Malheiros : São Paulo, 1999, p. 227-228.

¹⁰ FRANÇA, R. Limongi: A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 6ª ed rv at, Saraiva : São Paulo, 2000, p. 223.

¹¹ IVO, Gabriel: “A Incidência da Norma Jurídica”, In Direitos e Deveres: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL, Ano II, n 5º : p. 9-21, jul-dez 1999.

¹² KELSEN, Hans: “A interpretação”, In Teoria Pura do Direito Malheiros, trad. de João Baptista Machado, Martins Fontes : São Paulo, 1960, p. 387-397.

demonstra ser a interpretação e conformação das normas verdadeira atuação da vontade do intérprete. Neste passo, vale ressaltar a ampla liberdade do legislador nesse âmbito, pois cabe a ele desdobrar, genericamente, o conteúdo da garantia constitucional. Sem embargo, foi exatamente o que sucedeu na ordem jurídica brasileira tendo sido positivado verdadeiro conceito de direito adquirido na Lei de Introdução ao Código Civil.

O que importa, no conceito positivado pela Lei de Introdução, é o momento da aquisição do direito. O direito é adquirido quando o titular pode exercê-lo ou, ainda, quando o início de seu exercício depende de termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. Daí se concluir que o direito adquirido é aquele incorporado ao patrimônio do titular quando atendidos todos os requisitos, considerados suficientes e necessários pela lei então vigente, para o seu exercício, ou, ainda, quando o início desse exercício não depende da vontade de outrem.

4. LEIS DE ORDEM PÚBLICA

Delimitado o conceito de direito adquirido, há que se distinguir o que são leis de ordem pública ou de direito público. Ordinariamente, aponta-se como diferença o fato de que no Direito Público as relações são caracterizadas pela desigualdade, porque o Estado encontra-se em posição de privilégio em virtude da prevalência do interesse público, enquanto o Direito Privado se caracteriza por suas relações essencialmente igualitárias, onde prevalece o interesse privado.

Muito embora não seja uma divisão estanque, pois existe verdadeira comunicação entre as categorias, sua utilidade estaria no fato de que são características do Direito Público a adoção de formas de ação unilateralmente ditadas e o caráter autoritário, enquanto no Direito Privado predomina a autonomia privada e o consensualismo¹³.

Costuma-se também utilizar esse critério para determinar a diferença entre a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (nulidade relativa), sendo que a violação de leis de ordem pública ou de Direito Público que tutelam direitos indispo-

¹³ J. J. Gomes Canotilho apresenta três critérios diferenciadores: a sujeição (no Direito Público o particular sujeita-se ao Estado), os interesses (o Direito Público disciplina o interesse público) e a especialidade (as normas de Direito Público são especiais), cf. CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. Almedina : Coimbra, 1991, p. 137-138.

níveis resultaria na nulidade, ao passo que o desrespeito a leis de ordem privada ou de Direito Privado que tutelam direitos disponíveis geraria mera anulabilidade¹⁴.

CARLOS MAXIMILIANO¹⁵ distingue entre as leis constitucionais e as administrativas ou de ordem pública em geral:

As primeiras regem o presente e o futuro; se não ressalvam, de modo explícito ou implícito, as situações jurídicas definitivamente estabelecidas, não estacam, nem recuam diante das mesmas. A sua aplicação é imediata; tudo o que se lhes contraponha, fica eliminado..

[...]

Leis políticas, incluídas sob esta denominação ampla as administrativas, têm aplicação “imediata”, porém não-retroativa. Por exemplo: se impõe tributo fiscal a certa mutação, não atingem as mutações anteriores, se instituem causa de privação de direito eleitoral, só se cumprem em eleições futuras. A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado.

As leis de ordem pública observam-se logo; mas não retroagem.

De fato, o entendimento corrente dos que teorizam acerca das leis de ordem pública é o de que elas possuem como traço marcante a imperatividade, incidindo imediatamente sobre as situações que regulam, pois pressupõem a existência de interesse coletivo subjacente a legitimar a intervenção do Estado no domínio das relações individuais. Nessa mesma esteira caberia ao Judiciário examinar a validade e eficácia dessas leis tão-somente no caso em que importem lesão de direito em caso concreto, com violação de norma legal ou regulamentar. É dizer que esses atos legislativos, por disporem acerca de matérias inerentes aos atos de governo, na esfera de competência do Poder Legislativo e Poder Executivo, só podem ser apreciados pelo Judiciário no tocante à legalidade, nunca quanto à oportunidade ou conveniência, produzindo efeitos imediatos sobre as situações que regulam.

¹⁴ GALENO LACERDA, Velinho de: Despacho Saneador, 3ª ed Sérgio Antônio Fabris : Porto Alegre, 1990, p. 126.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos: Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, Freitas Bastos : São Paulo, 1946, nº 281, p. 327.

De outro lado, autores como PONTES DE MIRANDA negam qualquer cientificidade à suposta distinção entre leis de Direito Público e de Direito Privado. O autor classifica as normas jurídicas em cogentes (imperativas e proibitivas) e não cogentes (dispositivas ou supletivas), afirmando que a distinção entre Direito Público e Direito Privado é de origem histórica e não lógica, não havendo **a priori** pela matéria tratada tal dicotomia, isso importando dizer que se pode volver a indiferenciação dos dois ramos de direito¹⁶. Daí por que, em coerência com seu pensamento, não teria sentido distinguir as leis de ordem pública com vistas a determinar a abrangência da proteção ao direito adquirido.

5. ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DO DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA PELA DOCTRINA NACIONAL

Poucos tratam da abrangência do direito adquirido em face de leis de Direito Público. Já se mencionou incidentalmente o entendimento de CARLOS MAXIMILIANO, para quem a retroatividade das leis de Direito Público constitui um princípio abandonado.

JOSÉ AFONSO DA SILVA sustenta existir direito adquirido em face de leis de ordem pública ou de Direito Público, uma vez que a Constituição não faz distinção, declarando que, na realidade, não se constitui direito adquirido contra o interesse coletivo, pois este prevalece sempre sobre o interesse individual, particular¹⁷.

PONTES DE MIRANDA pondera que a garantia ao direito adquirido é comum ao direito privado e ao direito público. Segundo o autor, quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos, nem ferir direitos adquiridos, conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte¹⁸.

MOREIRA ALVES, ao cuidar da matéria, sustentou que, a admitir-se a tese da aplicação retroativa de leis de ordem pública e política, todas as leis poderiam ser retroativas, haja vista que todas são inspiradas pelo princípio da utilidade pública. Afirmou, ainda, que mesmo quando excluídas as que têm por

¹⁶ PONTES DE MIRANDA: Tratado de Direito Privado, t. I, 3ª ed, Bosch : Rio de Janeiro, 1972, p. 71.

¹⁷ SILVA, José Afonso da: Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª ed rv at até a EC 27/2000. Malheiros : São Paulo, 2000, p. 437.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA: Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº I de 1969, t. V, 2ª ed, Revista dos Tribunais : São Paulo, 1974, p. 99.

origem próxima uma utilidade particular, poder-se-ia atribuir retroatividade a uma imensa gama de leis, o que é expressamente vedado pela Constituição.¹⁹

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA advoga haver direito adquirido em face de leis de ordem pública, mesmo porque a Constituição não faz ou autoriza qualquer distinção, concluindo que diante da constitucionalização do princípio do direito adquirido, que não excepciona nenhum tipo de norma, não há como se sustentar a assertiva de inexistência de direito adquirido frente às normas de Direito Público.²⁰

Destarte, grande parte da doutrina inclina-se uniformemente no sentido de admitir a existência de direito adquirido em face de leis de ordem pública ou de Direito Público.

Por outro lado, impende notar que a própria teoria dos direitos adquiridos, nos termos postos por GABBA, enseja entendimento totalmente oposto, ou seja, de que não existe direito adquirido diante de leis dessa natureza, senão, veja-se.

SERPA LOPES, ao examinar a teoria dos direitos adquiridos, comenta a contribuição dada por GABBA observando que o direito adquirido é uma garantia individual, excluindo a possibilidade de existirem direitos adquiridos quando se tratar de interesse da coletividade ou interesse público, conforme adiante se transcreve integralmente, **data vênua**, haja vista a importância da passagem para o estudo da questão:

Esta noção de direito adquirido completa-se com a noção de utilidade, isto é, segundo GABBA, o direito adquirido deve representar uma verdadeira utilidade para o indivíduo, a saber: a) que diga respeito propriamente à privada individualidade, ou ainda; b) que se coadune e se identifique com a própria dignidade da pessoa humana. Assim, da noção de direito adquirido excluem-se as matérias de direito público de caráter político, sendo de aplicação imediata tôdas as leis relacionadas com os interesses públicos de qualquer gênero.²¹

¹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos: “Leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, In Revista da Procuradoria Geral da República. Brasília : s. e., v. 01 : p. 3-11, out-dez 1989.

²⁰ LYRIO PIMENTA, Paulo Roberto: “Competência Reformadora e direito adquirido”, In Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília : s. e., v. 10, n.º 01 : p. 27-51, jan-mar 1998.

²¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de: Curso de Direito Civil, v. I, Freitas Bastos : Rio de Janeiro, 1953, p. 163.

Percebe-se, pois, que no plano puramente dogmático, ainda dentro da teoria dos direitos adquiridos, existem também argumentos que justificam a posição dos que entendem não se formar direito adquirido contra leis de ordem pública. Como se trata de uma garantia individual deveria, em princípio, referir-se a relações jurídicas de relevância individual, envolvendo interesses particulares, e não interesses da comunidade como um todo, qualificados como interesses públicos.

6. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a questão do direito adquirido envolvendo leis de ordem pública. Assumiu diversas vezes em seus julgados postura favorável à tese de que as leis de ordem pública têm aplicabilidade imediata às relações em curso.

Já em 1956 encontra-se decisão do STF acolhendo a tese de que as leis de ordem pública, por terem aplicabilidade imediata, incidem e produzem efeitos sobre as situações jurídicas em curso, inexistindo direito adquirido na hipótese. A Lei 1.300, de 1950, criou direito de preferência ao locatário, despejado por necessidade do proprietário, para locação do prédio de que este se mudou. Alegou-se que essa preferência não constava da lei vigente ao tempo da propositura da ação de despejo. Na oportunidade, o STF reconheceu o direito à preferência, entendendo que “improcede a alegação pois se trata de legislação de emergência e de ordem pública, que rui, quase (*sic.*) inteira, se contra ela se pudessem invocar direitos adquiridos”²².

Apreciando Recurso de Mandado de Segurança decidiu o Pretório Excelso, em agosto de 1955, que não há direito adquirido a licenças de importação requeridas em face da aplicação imediata da nova lei, de ordem pública²³. O Min. Relator, em seu voto, cita Roubier:

As leis de ordem pública, entre as quais se inscrevem as que versam sobre intercâmbio comercial com o Exterior, tem efeitos imediatos, abrangem as situações em curso, podem afetar os elementos constitutivos inda

²² RE-27377, Rel. Ministro Luis Gallotti. ADJ 30.08.56, p. 1148, DJ 27.01.55, p. 1110.

²³ RMS-3.061, Rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 03.08.1955. ADJ 24.12.56, p. 2467 vol. 227-01 p. 133. Tribunal Pleno. Decisão idêntica foi dada no RMS-2.948, onde foi relator também o Min. Luis Gallotti, decisão dada e publicada na mesma data e vol., p. 00128.

não reunidos, criar condições novas, (ou obstáculos novos), modificar ou fazer desaparecer, no futuro, os efeitos inda não produzidos pelos elementos anteriores.²⁴

Ainda antes da promulgação da Constituição Federal de outubro de 1988, precisamente em 8 de abril de 1988, pronunciou o STF decisão pela inexistência de direito adquirido à construção, porque sequer iniciada, quando sobreveio lei nova, de ordem pública, que a impediu²⁵.

Em Acórdão proferido ao ensejo do julgamento do RE n. 85.002-SP o STF já havia fixado a tese de que o chamado “direito de construir” não é senão mera faculdade jurídica, inerente ao domínio, cujo exercício depende de autorização do Estado. A ofensa a direito adquirido haveria, apenas, na revogação da licença quando a obra já iniciada, pois que, com a integração da construção no solo, se violaria o direito de propriedade.

Ao julgar um Recurso Extraordinário em 1996, decidiu o STF, com voto dissidente do eminente Min. MOREIRAALVES, da seguinte maneira:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE DE SALÁRIOS. CLÁUSULA FIXADA EM ACORDO COLETIVO. NORMA SUPERVENIENTE QUE ALTERA O PADRÃO MONETÁRIO E FIXA NOVA POLÍTICA SALARIAL. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A sentença homologatória de acordo coletivo tem natureza singular e projeta no mundo jurídico uma norma de caráter genérico e abstrato, embora nela se reconheça a existência da eficácia da coisa julgada formal no período de vigência mínima definida em lei (art. 873, CLT), e, no âmbito do direito substancial, coisa julgada material em relação à eficácia concreta já produzida.

2. Firmada ante os pressupostos legais autorizadores então vigentes, a sentença normativa pode ser derogada por disposições legais que venham a imprimir nova política econômico-monetária, por ser de ordem

²⁴ ROUBIER: *Les Conflits de Lois dans le temps*, ed 1929, T. I, nº 45. A citação consta do corpo do voto do Ministro Luis Galloti, no julgamento do RMS 3.061, julgado em 03.08.1955. ADJ 24.12.56, p. 2467, vol. 227-01, p. 133.

²⁵ AGRG em AG.INST.-121798/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 08.04.88, p. 07483, vol. 01496-06, p. 01158. Precedentes RE-85002, RTJ-79/1016. Também nesse sentido o julgamento do AGRV.-135464/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 22.05.92, p. 07217 e RTJ v.-000142-01, p. 00358.

pública, de aplicação imediata e geral, sendo demasiado extremismo afirmar-se a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, para infirmar preceito legal que veio dispor contrariamente ao que avençado em acordo ou dissídio coletivo.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁶

7. A ADIN N. 493/DF

O tema foi minudentemente discutido quando do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 493/DF. Questionou-se, na oportunidade, dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10 de fevereiro de 1991 e convertida na Lei 8.177, de 1º de março de 1991. Os dispositivos em questão diziam respeito a contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor da MP, contratos estes firmados entre as entidades integrantes do Sistema Financeiro de Habitação e particulares, alterando o modo de atualização do valor dos saldos devedores e das prestações a partir de fevereiro de 1991.

Desta feita o Min. MOREIRA ALVES logrou fazer prevalecer seu entendimento sobre a questão, entendimento este já exposto em artigo publicado pela Revista da Procuradoria Geral da República, em 1989.²⁷

Em seu voto, argumenta que há três espécies de retroatividade, graduadas por intensidade: a máxima, a média e a mínima. Cita artigo de MAIA PEIXOTO²⁸ que define cada uma das categorias, pede-se mais uma vez **vênia** para transcrever a citação, porque deveras relevante:

Dá-se retroatividade máxima (também chamada de restitutória, porque em geral restitui as partes ao “status quo ante”), quando a lei nova ataca a

²⁶ RE-202686/SP de 10.09.96, Rel. Min. Maurício Corrêa e, anteriormente, nos julgados pronunciados nos autos dos AG. REG. 177.742-8/RS e 138553-7-RS/RS, de 1995, sendo o Min. Maurício Corrêa também o Relator de ambos os processos. Também nesse sentido o julgado do RE-158.880/RS, onde foi relator o Min. Marco Aurélio.

²⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos: “Leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, In Revista da Procuradoria Geral da República. Brasília : s. e., v. 01 : p. 3-11, out-dez 1989. Cf. nota 25.

²⁸ MAIA PEIXOTO, “Limite temporal da Lei”, In Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, v. IX : p. 9-47. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN nº 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991.

coisa julgada e os fatos consumados. [...] A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. [...] Outro exemplo: o Decreto-Lei n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, ‘a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º).’

Nas duas primeiras espécies a lei claramente “age para trás” e, portanto, retroage, alcançando o que já ocorreu no passo. No último caso, contudo, há quem afirme que não se trata propriamente de retroatividade, mas tão-somente de aplicação imediata.

O Ministro cita e critica posicionamentos nesse sentido de PLANIOL²⁹, para quem a retroatividade só ocorre quando a lei se volta para o passado e ROUBIER³⁰, o qual entende ser simples a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, pois aquele ocorre quando a lei se aplica ao passado, enquanto este se dá quando a lei se aplica ao presente.

Tais colocações estariam equivocadas, porque se a lei alcança efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será retroativa ao interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso a aplicação imediata se faria, mas com efeito retroativo. Por outro lado, para o direito brasileiro a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional, se aplicando a toda e qualquer norma infraconstitucional, sem qualquer distinção

²⁹ **Traité Élémentaire de Droit Civil**, v. I, 4ª ed., n.º 243, p. 95, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 1906. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n.º 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991.

³⁰ **Le Droit Transitoire – Conflits des Lois dans le Temps**, 2ª ed., n.º 38, p. 177, Dalloz et Sirey : Paris, 1960. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n.º 493/DF.

entre lei de direito público e de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Argumenta, ainda, que mesmo na França, onde o preceito é meramente legal e se impõe a juiz e não ao legislador, não é pacífica a tese de que as leis de ordem pública são retroativas.

Menciona críticas feitas a essa tese pelo próprio ROUBIER e também de REYNALDO PORCHAT³¹. Pondera que, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos **facta pendencia** se resolve com a verificação da ocorrência, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada, mesmo porque existe grande dificuldade em discriminar nitidamente o que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. Ademais, a simples invocação de um motivo de ordem pública não bastaria para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade é também um forte motivo de interesse público.

Reforçando seus motivos assinala as posturas de PONTES DE MIRANDA, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, todos unânimes em afirmar que existe direito adquirido em face de leis de ordem pública.

Conclui afirmando que a proteção ao direito adquirido é garantia constitucional e que, como as soluções em matéria de direito intertemporal nem sempre são coincidentes, mas sim conforme a teoria adotada, e não sendo a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por esta usados para resolver as diferentes questões suscitadas.

A ADIN foi conhecida e julgada procedente por maioria³², formulando importante precedente. Como se verá, a ADIN 493/DF fixou verdadeiro marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que toca à questão em apreço, resultando num entendimento praticamente pacificado no sentido da indife-

³¹ **Curso Elementar de Direito Romano**, v. I, 2ª ed., nº 528, p. 338/339, Cia de Melhoramentos de São Paulo : São Paulo, 1937. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN nº 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991

³² ADIN-493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.92, p. 14089, v. 01674-02, p. 00260. RTJ v. 00143-03, p. 00724. Podem-se citar alguns precedentes a essa decisão, posto que nenhum desses julgados tenha alcançado a repercussão da ADIN. Veja-se RP-1288, RTJ-119/548, RP-1200, RTJ-113/46, RE-96037, RE-116018, RTJ 128/919, RTJ-55/35, RP-891, RTJ-68/283, RP-895, RTJ-67/327, RTJ-89/634, RTJ-90/296, RTJ-107/394, RTJ-112/759, RTJ-115/379, RTJ-106/314, RT-299/479, caso TR ou TRD no “SFH” e “SFS”.

renciação entre leis de Direito Público e de Direito Privado relativamente à proteção ao direito adquirido.

A ementa traz duas assertivas que, por sua formulação, constituem verdadeiras normas jurídicas, porquanto genericamente elaboradas, e diante mesmo da adequação técnica no uso da linguagem jurídica, conforme se observa a seguir:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.
- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. [...]

Ora, diante de tais razões de decidir poder-se-ia apressadamente concluir que, no que se refere à questão ora examinada, o STF firmou entendimento expresso e definitivo, no sentido de inadmitir qualquer distinção entre lei de Direito Público ou Privado ou norma de ordem pública ou dispositiva para efeito de observância da proteção ao direito adquirido.

Sucedem que, como se percebe de decisões antes referidas, o Pretório Excelso, mesmo depois da ADIN 493/DF, em 1996, já acatou a tese da retroatividade das leis de ordem pública, vale dizer, com voto dissidente do Min. Moreira Alves.

Não obstante, na esteira do precedente da ADIN 493 vários julgados seguiram a tese da indiferenciação entre leis de ordem pública e dispositivas. Exemplos são o RE-159979/SP, sobre a aplicação aos contratos de leis que alteraram as disposições sobre correção monetária e o RE-188.366-9, sobre a aplicação de norma que disciplinou os reajustes das mensalidades escolares aos contratos em curso. Em ambos os casos o STF negou aplicação imediata às normas em questão, pelos mesmos fundamentos utilizados no julgamento da ADIN 493.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas constitucionais, principalmente aquelas que estatuem direitos, liberdades e garantias constitucionais, representam importante referência valo-

rativa do sistema jurídico. Além de sua função limitadora da atuação do Poder Legislativo e definidora de direitos em favor do cidadão, exercem, também, uma função integrativa ao estabelecerem opções políticas que servem de horizonte de sentido para a conformação e aplicação do direito.

É bem verdade que ao mesmo tempo em que as normas instituidoras de direitos fundamentais definem princípios informadores da atividade dos Poderes do Estado, em grande medida dependem desses mesmos Poderes para alcançarem efetividade, já que é a atuação material da Administração, normatizadora do Legislativo e jurisdicional do Judiciário que desdobram seu conteúdo dando-lhe uma feição definida e realizável.

Nesse passo, o poder outorgado ao legislador ordinário é imenso, detentor que é da liberdade de conformação, ou livre espaço de conformação, para fixar o conteúdo dos comandos constitucionais, cujo sentido é muitas vezes vago e impreciso. Assim, seria possível inclusive questionar se o próprio conceito de direito adquirido, uma vez que fixado por ato normativo infraconstitucional, conquanto tenha natureza de sobredireito, estaria submetido à competência do legislador ordinário.

Em razão disso é que o princípio da supremacia da Constituição impõe a conclusão de que tal liberdade de conformação é limitada, partindo-se do entendimento de que a fixação do sentido e do alcance das normas constitucionais não pode ser feito sem pejo, pena de sujeitar a Carta Magna ao jugo de leis ordinárias, ou pior, de Medidas Provisórias, gerando grave insegurança jurídica para o cidadão, que ficaria altamente prejudicado em suas garantias em face do Estado. Daí por que se assevera que a interpretação da Constituição não pode ser vinculada ao disposto na Lei, mas, ao contrário, é a Lei que deve ser interpretado em conformidade com a Constituição.

Isso assentado, pode-se licitamente concluir que os institutos de Direito Constitucional, especialmente as garantias fundamentais de que é modelo a proteção ao direito adquirido, não podem, em hipótese alguma, depender do capricho do legislador, instituto que são de limitação do poder político e de defesa do particular contra o arbítrio sem freios de quem o detém.

Reputa-se, portanto, que embora a lei infraconstitucional deva e possa explicitar o conceito de direito adquirido estabelecido no texto constitucional, deve fazê-lo de acordo com o sentido que o próprio texto lhe dá. Significa dizer que o conceito de direito adquirido há de ser construído com base na doutrina a ele relativa e na tradição constitucionalista brasileira, pena de permitir que seja a Lei a fixar o conteúdo da Constituição e não o contrário.

Como observado inicialmente, a questão da retroatividade ou não das leis não é questão fáctica, a ser estudada pela experimentação, demonstração; a regra a ser aplicada na solução das controvérsias não é científico natural. Não. O que se busca, aqui, não é encontrar uma lei natural ou ideal como critério perfeito a ser revelado pela razão do jurista, pelo contrário, o critério é eminentemente político.

A teoria dos direitos adquiridos surgida com pretensões sistematizadoras é apenas uma hipótese, nada mais. Os sistemas jurídicos admitem outros critérios que não os subjetivos além de adequar-se, igualmente, à regra da retroatividade das leis de direito público. Cabe, portanto, ao cientista do direito, diante mesmo da contingência da solução a ser dada ao problema, adotar um referencial, que será evidentemente o direito positivo, a ordem jurídica que se está a examinar, no caso, a ordem jurídica brasileira.

O sistema jurídico pátrio prescreve como regra a proteção ao direito adquirido, assim entendido o direito subjetivo atribuído por uma norma jurídica a alguém, de modo a garantir-lhe uma situação subjetiva de vantagem, definitivamente incorporado ao patrimônio do titular, que pode exercê-lo pessoalmente, ou por outrem, ainda que sujeito a termo ou condição preestabelecida, desde que inalterável ao arbítrio de terceiro.

A Constituição Federal não faz qualquer distinção, para este mister, entre leis de ordem pública ou dispositivas. Com efeito, a própria distinção em si é questionável, não havendo critério seguro para determinar em cada caso se a norma é ou não de interesse público. Releva notar que no estágio de desenvolvimento atual, a doutrina constitucionalista inclina-se no sentido de aceitar como necessária e pertinente a intervenção do Estado nas ordens social e econômica, com vistas a permitir a diminuição da condição de desigualdade inerente ao sistema capitalista de produção, sendo os direitos sociais, de segunda dimensão, ou geração, marcas notáveis dessa assertiva.

Assim, a intervenção do Estado nas relações ditas privadas, com o intuito de defender os indivíduos que se encontram materialmente em condições desiguais, mitiga ainda mais a distinção, que se torna a cada dia mais confusa e difícil. Nesse contexto, acatar o critério da retroatividade das normas de Direito Público é esforço de interpretação cientificamente injustificado, posto que o ordenamento jurídico não permite tais ilações.

Veja-se que a Constituição veda o prejuízo ao direito adquirido. Em que situações poder-se-ia aplicar a vedação constitucional? Se o fato jurídico (em sentido amplo, aqui abrangidos atos, atos-fatos etc.) produz seus efeitos sob a

égide da lei antiga, em que ocorreu, nada há a se questionar. Se, por outro lado, o fato jurídico só vem a ocorrer quando já vigente a lei nova também aqui nada há a se discutir.

Restam, portanto, as situações jurídicas que se prolongam no tempo. Esta é a única ocasião em que se pode falar em direito adquirido. E é exatamente aqui onde se pretende afastar a incidência da garantia constitucional ao proclamar-se que as leis de ordem pública têm “aplicabilidade imediata”. Obviamente, quando se aplicam às situações em curso tais normas agridem ao princípio do direito adquirido, que acaba esvaziado em seu conteúdo.

Por todo o exposto, é extrema de dúvidas que, ao menos em face do regime constitucional brasileiro, as normas infraconstitucionais, seja qual for a matéria de que tratem, mesmo porque o direito adquirido é critério eminentemente subjetivo (=refere-se à situação subjetiva de vantagem do titular), não podem, em hipótese alguma, prejudicar o direito adquirido, que existe e se põe como garantia contra quaisquer espécie de leis.

METAMORFOSES NOS CONCEITOS DE DIREITO E DE SOBERANIA. O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO

Carlos Alberto Simões de Tomaz¹
Juiz Federal

Sumário: 1. Introdução; 2. Uma nova compreensão do direito: a teoria da alopoiese jurídica; 3. A concepção clássica da soberania e a soberania compreendida como qualidade do poder do Estado entrelaçada em relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico; 4. O exercício da soberania em rede. A atuação de novos agentes. Uma nova constelação: a imprimida pela jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional – TPI, produto da atuação inter-referente da soberania, criando um sistema normativo garantidor hetero-produtivo; 5. Conformação do novo sistema normativo de garantia com o sistema interno brasileiro: o TPI e a Constituição. O princípio da complementaridade; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em recente entrevista, o Juiz da Corte Internacional de Justiça, FRANCISCO REZEK (2003, pp. 13 – 14), afirmou que os Estados responsáveis pelo ataque ao Iraque

¹ Juiz Federal e Professor em Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Público pela PUC/MG. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF.

“estão sujeitos à reprovação de outros tantos países, mais atentos ao Direito e à competência das Nações Unidas. À reprovação da opinião pública internacional, a começar pela opinião, em alguns casos largamente majoritária, de seus próprios povos. E a todas as conseqüências daquilo que, mesmo sob uma ótica estritamente militar, está sendo um desastre. Um desastre sangrento, desumano, e agravado a cada dia, como tudo aquilo que se empreende sem um mínimo de inteligência e de decência. Mas não há outras conseqüências, do gênero de uma pronta repressão da aventura internacionalmente ilícita. Esse é o grande drama do Direito Internacional do nosso tempo: a sanção só se materializa, no sistema das Nações Unidas, por obra do Conselho de Segurança, e este não tem, tecnicamente, como decidir contra o voto de qualquer dos cinco países detentores de assento permanente.”

A opinião do insigne jurista brasileiro expõe a fragilidade do sistema garantidor dos direitos humanos no terceiro milênio. Não faltam, efetivamente agressões à dignidade da pessoa humana, sob as mais variadas formas de violação aos direitos humanos, desde guerras deflagradas sob o pálio de legítimo exercício de defesa à injusta agressão, a condutas omissivas, que igualmente conduzem a situações desastrosas, até mesmo catastróficas com perecimento de milhares de vidas em decorrência da miserabilidade de assola o eixo sul.

O princípio da dignidade da pessoa humana segundo BARROSO:

“identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente de crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.” (2001, p. 31 – 32)

Nesse contexto, surge o Tribunal Penal Internacional – TPI, como proposta de sistema adicional garantidor dos direitos humanos, voltado para repelir a impunidade dos autores de crimes de maior gravidade de que têm sido vítimas

milhões de crianças, homens e mulheres, que revelam atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência humana e constituem ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, conforme disposto no preâmbulo do Estatuto de Roma que o criou.

Neste trabalho, será analisada a conformação do Estatuto do TPI com a Constituição brasileira à luz do princípio da complementaridade. Para tanto, serão enfrentados os conhecidos núcleos de conflitos entre a normatividade do sistema garantidor internacional e o direito brasileiro que residem na prisão perpétua, imprescritibilidade de crimes, entrega de nacionais e imunidades e prerrogativas de foro de agentes políticos.

As disposições do Estatuto sobre tais matérias, que num primeiro exame chocar-se-iam com comandos constitucionais, revelar-se-ão compatíveis dentro de uma análise voltada para imprimir densidade normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana amparada em ponderação de valores e interesses. Essa ponderação principiológica afasta a aporia entre soberania e direito, desde que se abandone as concepções clássicas e se opere com uma moderna concepção de direito havida dentro do âmbito da *alopoiese* jurídica e, decorrente dela, uma nova concepção de soberania igualmente inter-referente e hetero-protutiva, que enseja a criação do TPI como novo sistema internacional garantidor e garante a compatibilidade de seu Estatuto com a Carta.

2. UMA NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO: A TEORIA DA ALOPOIESE JURÍDICA

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma expressa ainda goza de foros de exclusividade dentre os cientistas do direito. Poucos se aventuram a admitir a ordem de raciocínio que aqui se vai deduzir, não obstante a expansão do pensamento seja crescente. SOBOTA (1995, p. 251) divisa este fenômeno quando registra que “A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...”

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre a conduta humana através de um ordenamento herméutico, auto-suficiente e auto-protutivo.

Porém, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outro prisma. Desta feita, relacionando-o a outros sistemas como o social, o político e o econômico, numa relação de hetero-referência. MAIA (1999, pp. 42 - 44) faz ver que este veio partiu da “teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos Maturana e Varela e implantada nas ciências sociais por Niklas Luhmann, assentando que:

“Os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela buscaram, através da teoria da autopoiesis, resolver uma das questões que mais intrigam o ser humano desde tempos imemoriais: a da vida. Como determinar que certo sistema biológico possa ser considerado um sistema vivo? O que caracteriza um sistema vivo, independentemente das contingências de tempo e espaço que o meio circundante oferece? (*Antunes in Teuber, 1993, II-III*) Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais cientistas biológicos propuseram a seguinte idéia: o que caracteriza um sistema vivo – animal ou vegetal – é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção própria, fechada, circular e auto-referencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema. A auto-referência biológica estaria no fato de que a interação entre os próprios elementos componentes do sistema é o que caracterizaria a sua própria ordem interna. Não haveria, por conseguinte, elementos externos que pudessem influenciar de maneira direta aquele sistema, pois os seus próprios componentes já bastam de per si para que as relações, sempre sistemáticas, se dêem de uma maneira a diferenciar aquele sistema, agora dito “vivo”, dos demais que lhe são distintos. Tal afirmativa é defendida com tal veemência que os autores defendem que a autopoiese é, em síntese, a “condição última, necessária e suficiente, para a própria vida” (*Maturana e Varela, 1981: XVII*). Essa ordem, além de auto-referente, é também auto-reprodutiva, pois os elementos dos sistemas vivos são produzidos pelo próprio mecanismo autopoietico de relações.

O organismo vivo também seria dotado, como um corolário da idéia da autopoiese, de uma clausura organizacional (*organizational closure*), que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes. Todavia, essa idéia de clausura organizacional traz à luz um posicionamento epistemológico interessante: a afirmativa de que as observações efetuadas pelos organismos vivos ao mundo exterior não passam, na verdade, de uma observação de

si próprios, pois a clausura pressupõe a observância de relação entre observador-observado, visto que o observado seria a visão obtida pelo observador da realidade que o cerca. Logo, o observador não pode realmente explicar o objeto observado, mas tão-somente obter a sua impressão de como o objeto observado lhe parece. Seriam discricções que o próprio observador faria, não conseguindo perceber a essência ontológica do observado (*Mutana e Varela*, 1981:39). Em síntese, pode-se dizer que a teoria da autopoiese se resume a três fatores que são característicos desses sistemas: são fechados, circulares e auto-referentes, como já explicado acima.

A autopoiese do sistema biológico deu origem a uma verdadeira avalanche de estudos nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa interdisciplinariedade também atingiu a Sociologia e o Direito, com várias formas de teorização.”

Sob o prisma deste entendimento, o fundamento do direito estaria nele próprio e o fenômeno jurídico com a experiência jurídica a ele inerente, ocorria num sistema fechado, auto-produtivo e auto-referente. A visão oposta coloca o direito num sistema aberto, inter ou hetero-referencial (*alopoiese*), onde até mesmo sua legitimidade encontraria espaço também em elementos externos, circundantes, ou como se queira, nos sistemas político, social e econômico e não apenas no próprio direito. Por esse caminho busca-se trazer o direito dogmático para um contato aberto com a vida, e a experiência jurídica se completa com elementos externos trazidos de outros sistemas, que em completude vão imprimir o passo para compreensão do fenômeno jurídico que não deixa de ter como referência primeira a norma, mas não apenas ela.

Para encetar melhor a compreensão do tema, toma-se a liberdade de remeter a teoria da autopoiese à química. Tome-se por exemplo um composto químico simples: a água. Ora, em laboratório, para se obter água bastará que se junte dois átomos de hidrogênio na presença de um átomo de oxigênio ($2H + O = H_2O$) não é preciso nenhum elemento externo. É dizer, o sistema se auto-produz. Coisa diversa se tem quando para produção de um composto químico a presença dos elementos, per si, não se avulta suficiente para tanto porque o sistema não é auto-produtivo, necessitando, desde aí, de um elemento externo chamado naquela ciência de reagente. Assim, quando a polícia se utiliza de bafômetro para verificar o nível de álcool em um indivíduo, é preciso um reagente, o dicromato de potássio ($K_2Cr_2O_7$) sem o qual não ocorre oxidação orgâni-

ca, que indica a existência de etanol no organismo. A experiência química, na hipótese, processou-se por meio de hetero-interferência, mercê da qual se trouxe um elemento externo, sem o qual o resultado não seria alcançado, revelando tratar-se de um sistema não auto-produtivo, portanto, *alopoiense*: de *al*, *állos*, do grego, elemento de composição significando “outro”, “um outro” ou “diferente” e *poíesis*: do grego, elemento de composição significando “formação”, “criação”, segundo FERREIRA (1986, pp. 90 e 1352).

Pois bem. Quem ainda não rompeu o paradigma liberal-legal do Estado, quando indagado se o direito penal constitui um sistema aberto ou fechado, não hesitará um só instante em responder que o direito penal é um sistema fechado, ou como se queira, autopoietico, porque na definição dos tipos penais ou os elementos normativos se encontram presentes ou não existe o tipo, porque naquele campo do direito se diz que vigora o princípio da estrita legalidade (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Ou a tipologia se diz presente, delineando, gizando a conduta típica ou o espaço é de liberdade. Ora, não se pode olvidar, todavia, que até mesmo no direito penal, onde estão em causa valores maiores da essencialidade humana como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, existem normas que conduzem, isto sim, a uma experiência jurídica pelo campo da *alopoiense*. De fato, que dizer das conhecidas normas penais em branco? Como pode o cientista do direito aplicar a norma penal em branco sem se valer de elementos externos a ela? Aonde estão, por exemplo, as doenças cuja notificação é compulsória a fim de ensejar a tipicidade prevista no art. 269 do CP? Quais as mercadorias cuja internação ou exportação são defesas e quais as alíquotas de imposto devidas a ponto de se poder configurar os crimes de contrabando e descaminho na forma do art. 334 do CP? Em ambas as hipóteses, a hetero-referência aponta para outras normas, que se não existirem, não haverá como aplicar o referido dispositivo.

Porém, às vezes, o elemento externo à norma, para ensejar sua eficácia, não se encontra em outra norma. Para alcançá-lo, o interprete terá que se socorrer dos sistemas social, econômico ou político. Que dizer, por exemplo, da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2º, III, do CP? Por ali, vê-se que se o homicídio é cometido “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” poderá ter a pena exacerbada. Não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma norma que estabeleça quais os outros meios insidiosos ou cruéis ou quais as situações que possam resultar perigo comum a ponto de qualificar o homicídio. O sistema jurídico não se auto-produz! Que dizer, ainda, do

tipo previsto no art. 219 do CP: “Raptar *mulher honesta*, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso...” O que é ou deve se entender pela expressão etimológica *mulher honesta*?!! Qual ou quais os paradigmas de que se valerá o cientista do direito para imprimir eficácia ao dispositivo? Aqui, sem dúvida, haverá elementos externos que vão influenciar de maneira direta no sistema, pois os seus próprios componentes não bastam de per si para ensejar o seu processamento a ponto de produzir efeitos.

Acredita-se que, a essa altura, já se possa compreender e aceitar que direito não é exclusivamente norma! Que está correta a visão de João Maurício Adeodato na esteira do pensamento de Niklas Luhmann, muito bem dissecada por MAIA (1999, p. 55), quando entende que é preciso bem caracterizar procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade a estrutura do Estado.

A caracterização de tais procedimentos extradogmáticos revelará o conteúdo alopoiético do direito e colocará o seu cientista diante de duas grandes funções: 1ª) divisar o direito como um sistema aberto que se integra com elementos inter-referenciais provenientes dos sistemas social, econômico e político; e 2ª) expungir desta abertura os procedimentos extradogmáticos ou elementos inter-referenciais nocivos porque não legitimadores do direito, não se encontram voltados para a plenificação e a eficácia do fundamento da dignidade da pessoa humana.

É sob o pálio desta compreensão que a soberania deve ser enfrentada, quando se deparará com procedimentos extradogmáticos, que, inelutavelmente, integram o sistema jurídico concebido em sua inteireza como essencialmente aberto, seja no âmbito interno, seja no âmbito das relações internacionais.

3. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA SOBERANIA E A SOBERANIA COMPREENDIDA COMO QUALIDADE DO PODER DO ESTADO ENTRELAÇADA EM RELAÇÕES DE INTER-REFERÊNCIAS PARTINDO DO SISTEMA JURÍDICO PARA O SISTEMA SOCIAL, POLÍTICO E ECONÔMICO

O homem, quando nasce, já se encontra mergulhado na estrutura de poder do grupo primário: o poder de família, segundo a nova nomenclatura do novo Código Civil, que permite a tomada de decisões em relação a pessoa dos incapazes e de seus bens. Mas o homem começa a participar de grupos sociais secundários, onde são deflagradas novas relações de poder, como por exem-

plo, igreja, escola, associações econômicas, culturais, recreativas, de classe, sindicatos, partidos políticos, etc. Então, existe, dentro do Estado, o poder da família, da igreja, das universidades, das corporações econômicas, dos times de futebol, da OAB, do CREA, dos sindicatos dos trabalhadores e da representação patronal, das várias opções políticas organizadas em partido, das federações, confederações, etc., etc. Mas há de haver um poder que se sobreponha a todas estas esferas de poder. Um poder que decida o conflito de interesse deflagrado entre o indivíduo e quaisquer grupos, dos indivíduos entre si e das próprias esferas de poder entre si. Desse poder se diz ser o poder de decisão em última instância dentro do âmbito do Estado, que não admite poder maior nem igual a ele (*suprema potestas superiorem non recognoscens*). Essa qualidade do poder do Estado é a soberania².

A soberania, todavia, se projeta no plano externo. E aqui, ela pode ser encarada como a qualidade do poder do Estado de não admitir, no plano internacional, a existência de poder maior do que o poder estatal. Admite, tão apenas, poderes iguais.

Nessa perspectiva, vê-se que a soberania foi tomada como uma qualidade do poder, não como um elemento constitutivo, como defendem alguns, o que permite admitir a existência de Estados que conseguem expressar essa qualidade do poder em grau maior do que outros no plano internacional. Com efeito, do ponto de vista jurídico a norma de Direito Internacional Público vazada no princípio da igualdade entre os Estados propugna por que, repita-se, do ponto de vista exclusivamente jurídico, todos os Estados sejam igualmente soberanos porque gozam da mesma personalidade jurídica internacional, encontrando-se, portanto, igualmente capacitados para adquirir direitos e contrair obrigações. Por outro lado, enfrentada a questão sob o prisma político, militar, econômico, científico ou tecnológico, não há como não admitir que existam Estados que conseguem expressar em maior grau essa qualidade de seu poder ou, como se queira, Estados mais soberanos que outros.

O conceito de soberania tem, todavia, sofrido o impacto das mudanças que o mundo tem enfrentado nas últimas décadas do século passado e no início deste século. Deveras, não se pode mais concebê-la, como fez Kelsen (1992,

² Kelsen divisava a soberania como qualidade de uma ordem normativa (conferir sua Teoria Geral do Direito e do Estado, na edição da Martins Fontes, 1992, pp. 371 – 374). Não obstante ter concebido a soberania sob uma visão exclusivamente normativa, já abria espaço para uma concepção aberta quando afastava o solipsismo de Estado, o que pressupõe, obviamente, inter-referência, todavia, tomada apenas no campo da normatividade do Direito Internacional.

p. 161), “apenas dentro do domínio do normativo”. Com efeito, a projeção desta qualidade do poder do Estado encontra-se entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo. Atento a este aspecto FERRAJOLI (2002, p.1), de início, já chama a atenção para que a “Soberania é o conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado.”

Deveras, assim como próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e operado, como acima se viu, num sistema aberto, mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa.

A partir daí, divisa-se uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada em redes de relações de hetero-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico.

De fato, a influência de impérios e estados hegemônicos hodiernamente cada vez mais se faz sentir não apenas através de seu *hard power* (poderio econômico, militar, científico- tecnológico, etc). A atuação indireta da soberania através um círculo de inter-referências socio-culturais aponta para um exercício do poder em rede, como adiante se verá, e sem dúvida é de um peso muito maior na exata medida em que, como percebeu com argúcia CHACON (2003, p. 52), “O poder mais psicológico, porque o mais amplo, é o cultural, capaz até de comandar sem “co-mando”, mantido, com frequência só nas aparências disfarçantes da conquista por corações e mentes”. Essa atuação da soberania tem recebido o nome de *soft power*³ e revela-se na difusão e infusão de hábitos, modismos, consumismos, música, esportes, etc... no mundo globalizado. Desconsiderar ou não dar a devida importância a esse fenômeno é olvidar a realidade dos fatos que revelam os novos caminhos pelos quais o Estado palmilha no plano interno e externo.

Efetivamente, é preciso se ter presente que não apenas o capital e a tecnologia romperam as fronteiras do Estado nacional, mas com mesma amplitude o crime organizado. Segundo CASTELLS (2002, P. 40) “as atividades crimino-

³ A influência soberana dos Estados sob os enfoques do *hard power* e do *soft power* é analisada pelo norte-americano Joseph Nye no livro *Bound to Lead* ainda sem edição em língua portuguesa. Desse mesmo autor, já em edição vernacular pela UNESP, vale a pena verificar *O Paradoxo do Poder Americano*, onde propõe a redefinição do interesse nacional dos USA à guisa de afastar o isolacionismo.

sas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana.”. Efetivamente, hoje divisa-se a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc. Para fazer face a esse fenômeno, igualmente vicejam redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não governamentais.

Esse amálgama de inter-referências, nessa conformidade, ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensinar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tem propiciado a consolidação do Estado constitucional de direito, que submete o exercício da soberania aos limites normativos, mas a norma, sendo produto da vontade popular, avulta-se soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível antinomia entre a soberania, como poder supremo que não reconhece outro acima de si, e sua limitação jurídica. FERRAJOLI (2002, p. 44) reproduz esse fenômeno com clareza lapidar afirmando que

“Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.”

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e mate-

riais sempre ensinou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*), que implicaria e evidenciar a antinomia entre soberania e direito, o que obviamente apenas se processará como ressalta FERRAJOLI parodiando DWORKIN, se se “levar a sério” o direito internacional: e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídica e as estratégicas políticas para realiza-los” (2002, p. 46).

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta senão divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atrozes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4. O EXERCÍCIO DA SOBERANIA EM REDE. A ATUAÇÃO DE NOVOS AGENTES. UMA NOVA CONSTELAÇÃO: A IMPRIMIDA PELA JURISDIÇÃO COMPLEMENTAR DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – TPI, PRODUTO DA ATUAÇÃO INTER-REFERENTE DA SOBERANIA, CRIANDO UM SISTEMA NORMATIVO GARANTIDOR HETERO-PRODUTIVO

A clássica idéia de soberania como poder supremo, absoluto, que não admite nenhum outro maior que si, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais. A idéia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização.

De fato, a relação de dominação tem encontrado hodiernamente enfrentamento como se percebe das idéias de BOBBIO (2002, p. 67) para quem o poder tem se estendido da esfera das relações políticas para as relações em que o indivíduo aparece como centro de irradiação de vontade, naquilo que se tem chamado fenômeno da expansão ascendente do poder voltado para alterar o sentido do vetor.

A idéia, a bem da verdade, já se encontra esboçada em FOUCAULT (2002, p. 184) quando assevera que:

“... o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise ascendente do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.”

Para o renomado autor, a microfísica do poder implicaria numa opção metodológica onde

“O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em *rede*. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.” (FOUCAULT, 2002, p. 193) (*o destaque não está no original*)

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da expansão ascendente do poder, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do poder em rede e tem se erigido em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, impinge gravitação, que a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva nas próximas décadas, terá o condão de senão desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos hegemônicos de poder, sobretudo do Estado líder mundial. Com isso, não se pretende defenestrar a globalização, bandeira sob a qual se irradia a expansão da cultura ocidental, untada pelo fortalecimento de um capitalismo atroz, tendente a aniquilar o equilíbrio que deve haver no binômio *capital X trabalho*. Definitivamente não! A globalização é inevitável.

Todavia, ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controles, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado conseqüências desastrosas para as relações de consumo. Tem-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. A carga tributária aumenta em nome de um pacto fiscal. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado para enfrentar o terceiro milênio com um mundo globalizado. Neste contexto, algumas perguntas se impõem: a que propósito tais medidas? Mascarariam objetivos outros? Avultam-se como o caminho adequado a ser palmilhado? O pesado sacrifício que se tem imposto aos povos periféricos pelos Estados-núcleos justifica-se em nome de uma globalização que propiciará a integração desses povos a um contexto comunitário internacional apto a garantir a dignidade da pessoa humana, a plenificação dos direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia?

Há, sem dúvida, caminhos para a globalização ensejar desenvolvimento, bem-estar social, fortalecimento da vontade popular e, via de conseqüência, da democracia e em decorrência viabilizar a paz entre os povos, assegurar, enfim, em uma palavra, por mais paradoxal que possa parecer, *inclusão*. Sim, uma globalização de inclusão, com base teórica lastreada, entre tantos outros caminhos, pelos percorridos nesta monografia, onde os benefícios de acesso ao desenvolvimento, à tecnologia, aos bens e aos serviços, possam ser estendidos aos povos dos Estados periféricos e experimentados por todos os indivíduos. Uma globalização que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

Enfrentando a globalização HABERMAS (2001, p. 84) utiliza o conceito “para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a

quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais.”

Esse processo enseja o que o autor alemão convencionou denominar de *nova constelação pós-nacional*, que revelaria o ambiente de mudanças onde o Estado nacional atuará neste novo milênio. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas onde o Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso.

Dividindo a atuação da sociedade em rede, prossegue HABERMAS (2001, p. 84) afirmando que:

“Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais”.

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta CASTELLS (2001, p. 25). Nesse quadro, os indivíduos têm buscado se organizar sob o manto de fatores de identidade individual ou coletiva e, a partir daí, imprimido uma nova significação à globalização. O poder dessa identidade tem despertado a cada dia e tem se contraposto a uma identidade, como se disse, padronizada, imposta e não-diferenciada. O ambiente propício para o florescimento dessa identidade é o multiculturalismo, que se avulta como antídoto ao nivelamento de uma cultura dita ocidental. CASTELLS, na série aqui já referenciada, tem se preocupado com a legitimação dessa identidade imposta pela globalização em descompasso com a identidade voltada para preservação de valo-

res e crenças de movimentos em defesa de governos locais, comunidades indígenas, mulheres, homossexuais, meio-ambiente, etc. Semelhante trabalho tem sido desenvolvido por Boaventura de Souza Santos⁴.

O fato é que o poder dessa identidade vem sendo cultivado pelos novos atores como associações ou organismos não governamentais os mais variados, que da mesma forma que as redes criminosas, desviam o poder do eixo vetorial vertical para imprimir uma atuação em rede. Essa atuação tem ensejado um rompimento dos limites entre o direito constitucional, o direito internacional e as relações internacionais na medida em que desviado o poder do eixo vetorial vertical, com a atuação em rede dos novos agentes, a soberania, conquanto ainda haja uma profunda assimetria em razão do poder econômico e do poder do próprio Estado, vê-se erigida em outras bases, quiçá legitimadas não pelo exercício de um poder hegemônico, mas pelo exercício de um poder em rede com maior participação da comunidade em defesa de interesses e valores.

É nesse contexto que a soberania tem que ser reexaminada e operada, porque, inequivocamente a presença e a atuação de novos atores no cenário internacional vem se erigindo a ponto de romper o monopólio estatal da criação a aplicação do direito e isso se percebe facilmente quando se depara com esferas “cada vez menos naturais e cada vez mais artificiais [normativas] e heterodeterminadas as condições econômicas, ambientais, tecnológicas, políticas e culturais do mundo em que vivemos.” (FERRAJOLI, 2002, pp. 51-52), como acontece com a ONU, a OTAN, a OMC, comissões de arbitragens, etc.

Isso significa dizer que da mesma forma que o direito vem sendo objeto de uma nova concepção para compreendê-lo como um sistema aberto, a soberania também passa a ser exercida num ambiente em rede onde a presença destes novos agentes, muitos dos quais não-governamentais, destilam um feixe de relações de inter-referências a ponto de ensejar a hetero-productividade normativa do sistema.

Nesse ambiente, ou seja, na ordem internacional caracterizada, sem dúvida, por uma interação dos elementos componentes do sistema (antes dominado pela atuação absolutamente soberana dos Estados nacionais), a soberania apresenta-se compartilhada, sem que isso represente o seu desaparecimento e, via de consequência, do modelo de Estado amparado nela sob a forma absoluta,

⁴ Consultar a série Reinventar a Emancipação Social para novos Manifestos, sobretudo o 3º volume intitulado Reconhecer para Libertar. Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural editado pela Civilização Brasileira, Rio de Janeiro.

que se projeta sob novo paradigma. Trata-se, enfim, “de uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente”, como assevera FERRAJOLI (2002, p. 54) parodiando KELSEN.

É nesse espaço que surge uma nova constelação: a imprimida pela jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional – TPI, produto da atuação inter-referente da soberania, criando um sistema normativo garantidor totalmente hetero-produtivo, vale dizer, um sistema normativo criado em decorrência exclusivamente do compartilhamento da soberania de cada Estado, que ao invés de a amesquinhar, a efetiva na medida que expunge a antinomia porque o direito que a limita é por ela produzido, na exata medida em que o Estado participa do tratado que criou o novo agente.

5. CONFORMAÇÃO DO NOVO SISTEMA NORMATIVO DE GARANTIA COM O SISTEMA INTERNO BRASILEIRO: O TPI E A CONSTITUIÇÃO. O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

Impende assentar que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 06.6.2002, ratificado em 14.06.2002, e incorporado definitivamente ao direito brasileiro pelo Decreto nº 4.388, publicado em 26.9.2002. Antes da incorporação e ainda hoje, após ela, muito se discute sobre a compatibilidade do Estatuto com o direito interno, não faltando vozes pela sua inconstitucionalidade, seja em razão da previsão de entrega de nacionais para serem submetidos à jurisdição da Corte, seja em decorrência da adoção de pena de caráter perpétuo, seja porque expunge foros privilegiados de agentes políticos, ou ainda em face da imprescritibilidade dos crimes.

Primeiramente, é preciso afastar a idéia de que a incorporação do tratado implica uma intervenção indevida na soberania brasileira como alguns ainda sustentam. Com efeito, o abandono da concepção clássica de soberania (*suprema potestas superiorem non recognoscens*) para concebê-la como uma qualidade do poder do Estado alçada em relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico, permite, sem dúvida, como neste trabalho se demonstrou, afastando a aporia entre soberania e direito, divisar o TPI como um sistema normativo garantidor hetero-produtivo dentro de uma visão *alopoiética* do direito – que expunge a exclusividade do Estado na criação e aplicação normativa –, criado pela atuação inter-referente da soberania.

O abandono do dogma da soberania absoluta para enfrentá-la sob esse novo paradigma em face das transformações por que passa a comunidade internacional, sobretudo do fenômeno da globalização, permite, como se viu, a criação e existência de sistemas normativos garantidores aos quais o Estado se submete ao escopo de cooperar para a definição de certas condições sejam econômicas, ambientais, tecnológicas, políticas, jurídicas e culturais, tudo em defesa de assegurar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Outro não é o afã do TPI como sistema normativo penal internacional senão atuar com o propósito de “ampliar, fortalecer a proteção dos direitos humanos, adotando sempre, como lógica e princípio, a primazia da pessoa humana, ou seja, é dessa maneira que esse todo normativo forma essa unidade de sentido, e é dessa maneira que esse todo interage com o Direito brasileiro. O impacto sobre o Direito brasileiro há de ser esse, uma garantia a mais.” (PIOVESAN, 2000, p. 71).

Com efeito, é preciso se ter presente que a dignidade da pessoa humana foi alçada a fundamento do Estado pela Constituição brasileira (art. 1º, III). Além do mais, o art. 7º do ADCT da Carta Política de 1988 proclama que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Mais ainda, o § 2º do art. 5º da Carta prescreve que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ora, é esse contexto normativo que vai imprimir fundamento de validade ao Estatuto de Roma.

Numa primeira análise, portanto, se o objetivo do Estatuto volta-se para imprimir efetividade à dignidade da pessoa humana reprimindo violações que constituem crimes graves contra a humanidade, preservando, com isso a vivência dos direitos humanos, não há dúvida de que está em perfeita consonância com Carta Política.

Ademais, a soberania em nada resta arranhada quando se percebe que o Estatuto do TPI adotou o princípio da complementaridade, vale dizer, sua jurisdição é complementar à jurisdição penal nacional (artigo 1º).

Deveras, a complementaridade da jurisdição do TPI fica facilmente perceptível quando se vê no artigo 17 que a admissibilidade do processo fica condicionada: 1º) a falta de vontade de o Estado levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade de fazê-lo; e 2º) a decisão do Estado de não dar seguimento ao procedimento criminal.

Note-se que o Estatuto estabelece as circunstâncias em que se poderá concluir se há ou não vontade do Estado agir em determinado caso. São elas: o

propósito revelado de instaurar processo para subtrair a jurisdição do TPI de pessoa que se apresente como responsável por crimes de sua competência; a demora injustificada no procedimento permitindo a conclusão de que se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa perante a justiça; e o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial.

A complementaridade da jurisdição, portanto, se projeta dentro do campo da cooperação. Em decorrência dela, sem dúvida, “o TPI poderá, a longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e processuais capazes de aplicar a justiça de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto.” (SABOIA, 2000, p. 7)

Assim, divisa-se que a jurisdição do Estado não está sendo suprimida pela jurisdição do TPI. Contrariamente, é preciso se ter em mente que o Estado está, no exercício de sua soberania, compartilhando-a com outros Estados, submetendo-se à jurisdição complementar, no caso brasileiro porque assim sua Constituição quis (arts. 7º - ADCT; 1º, III, 4º, II, VI, VIII e IX; e 5º, § 2º).

Nessa conformidade, sob a ótica dos pressupostos teóricos deduzidos neste trabalho, a conclusão que de plano se impõe é admitir, desde logo, a completa integração do Estatuto ao direito pátrio, na exata medida em que o sistema jurídico brasileiro, numa concepção alopoiética, abre-se para inter-referências supranacionais por ele próprio concebidas, mercê de utilização de uma nova concepção de soberania, necessariamente também produto de inter-referências. O resultado disso, é a criação de um sistema de garantia internacional hetero-produtivo, porque produto da cooperação de várias soberanias, voltado para tutela da dignidade da pessoa humana. Assim concebido, significando expressão da soberania brasileira, não há espaço para conceber-se conflitos com a normatividade interna na exata medida em que essa cede espaço para o tratamento impingido pelo Estatuto num âmbito de complementaridade inter-referente.

Esse raciocínio permite concluir pela integração da imprescritibilidade de determinados tipos penais, da pena de caráter perpétuo também especificamente em relação a eles, da entrega até de nacionais e da supressão de foros privilegiados, sem que, com isso tenha-se que cogitar de qualquer lesão à Constituição, na exata medida em que, concebida como sistema aberto de normas e princípios, numa visão própria da *alopoiése* jurídica, abre-se para recepção e conformação com um direito inter-referente por ela própria concebido.

Assim, o sistema hetero-produtivo que revela o TPI, encontra validade numa concepção principiológica da Constituição, como se viu, em defesa de princípios voltados para ensejar a plenificação dos direitos inerentes a personalidade humana. Isso afastaria, em relação ao sistema normativo do TPI, a incidência dos comandos normativos da Carta que repudiam a extradição de nacionais, a pena de caráter perpétuo, a imprescritibilidade de crimes e estabelecem imunidades e prerrogativas de foro.

No entanto, é forçoso reconhecer que vivemos ainda sob o império de direito escrito. “Como operadores do direito, acabamos criando o hábito de buscar respostas nas normas, muito mais do que nos valores que lhes dão sustentação.” (STEINER, 2000, p. 36). Daí as dificuldades enfrentadas por muitos juristas de conceber a recepção do Estatuto por uma via principiológica, o que afastaria a incidência de regras específicas expressas, ainda que constitucionais, porque, sem dúvida, os princípios, em razão de sua natureza, gozam de maior densidade normativa de que regras específicas, porquanto estas voltadas para aspectos particulares e aqueles, enquanto informativos do sistema, pairam como causa constitucional justa e apta a guarnecer qualquer norma que se volte a lhe imprimir eficácia, possuindo, portanto, o condão, em razão da maior densidade que ostentam, de afastar em situações específicas, a incidência de normas de menor densidade, quando tal situação se volta para imprimir-lhes conteúdo material.

Dentro desta compreensão, no âmbito do denominado pós-positivismo, a normatividade dos princípios e das regras foi muito bem decantada por BARROSO (2001, p.26):

“Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.⁵

Assim, não se trata de uma relação de contraposição (Constituição x Estatuto de Roma), mas de inter-referência, de adequação, onde a aporia entre soberania e direito cede espaço para que, mediante ponderação de valores e interesses, possa-se aferir a densidade dos princípios que envolvem a colisão e permita ao intérprete uma solução que, segundo BARROSO (2001, p. 27) não desconsidere cada princípio, mas imprima maior densidade àquele que em maior grau expresse o ideário da Constituição⁵.

Sob os auspícios deste entendimento não se avulta necessária qualquer modificação escrita na Carta para ensejar a recepção e conformação do TPI. Palmilhando pelo outro caminho, todavia, tem-se defendido reforma constitucional para guarnecer cada hipótese do avultado dissenso entre o Estatuto e a Carta.

Os chamados núcleos de conflitos entre a normatividade do sistema garantidor internacional e o direito brasileiro residem na prisão perpétua, imprescritibilidade de crimes, entrega de nacionais e imunidades e prerrogativas de foro de agentes políticos. De fato, o Estatuto prescreve: a pena perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (artigo 77, 1.b); que os crimes de competência do Tribunal não prescre-

⁵ Sobre o tema Luís Roberto Barroso indica o pensamento de Robert Alexy exposto em palestra proferida na fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98, intitulada Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

vem (artigo 29); a possibilidade de entrega de pessoas ao Tribunal (artigo 89); e que as imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa (artigo 27, 2). Por outro lado, a Constituição brasileira proclama: que não haverá pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b); que são imprescritíveis a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democráticos (art. 5º, XLII e XLIV); que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, não sendo admitida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LI e LII); em vários dispositivos a prerrogativa de foro em razão da função, bem como a imunidade de determinados agentes, como os parlamentares (conferir, *inter plures*, os arts. 53, 102, I, “b” e “c”)

Primeiramente, tenha-se presente que os critérios tradicionais para solução de conflitos de normas não se avultam adequados para solucionar colisão principiológica. Com efeito, não se pode conceber uma solução simplista amparada no princípio da hierarquia para entender que os tratados tradicionalmente são incorporados ao direito pátrio com força de lei ordinária em total desprestígio ao comando emergente do § 2º do art. 5º da Constituição. Também não se pode admitir que a validade do Estatuto fique condicionada, no cotejo com a Carta, pela incidência do critério da especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral, e enfim, muito menos, pela aplicação do critério cronológico (a lei posterior revoga a anterior). Tais critérios, de fácil e corriqueira aplicação ao conflito de leis, não conduzem a lugar seguro para solução dos conflitos de normas constitucionais, sobretudo as principiológicas, que devem ser, isso sim, ponderadas (BARROSO, 2001, p. 27).

Em sua Constituição, o Estado brasileiro fez uma opção ideológica pela dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 4º, II, VI, VIII e IX; e 5º, § 2º), não hesitando, neste desiderato, de se submeter a um tribunal internacional de direitos humanos (ADCT: art. 7º), expressão máxima deste ideário. Resulta, desde aí, que a aporia entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da soberania, ambos alçados a fundamentos do Estado (art. 1º, I e III), há de ser solucionada pelo intérprete da Carta, mercê de ponderação principiológica, tomando-se o cuidado de eleger interpretações que sufraguem a densidade normativa dos princípios diante das regras estabelecidas na Carta. Não pode é o

conflito ser solucionado à base de simples subsunção emprestando força de *tudo ou nada* a princípios, como se regras fossem. Esse, é bem verdade, é um trabalho difícil para quem ainda caminha sob os trilhos da dogmática jurídica tradicional. Não o é, todavia, para quem se deu conta de que direito não é exclusivamente norma jurídica expressa e que os princípios são dotados de maior densidade em relação as regras.

Assim, se o sistema normativo internacional de garantia erigido pela vontade do Estado brasileiro, que tem como ideário a dignidade da pessoa humana, estabelece a prisão de caráter perpétuo se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, essa regra teria a mesma densidade daquela outra adotada pela Carta que defenestra a pena de caráter perpétuo. Uma e outra são regras. E como tal devem ser aplicadas voltadas para a satisfação material do ideário da Carta, que não é outro senão assegurar a dignidade da pessoa humana no Brasil e alhures. Então, não se trata de afirmar que o comando do art. art. 5º, XLVII, 'b', estaria derogado pelo artigo 77, 1.b, do Estatuto, o que encontraria óbice na soberania, como fundamento do Estado (aplicação dos critérios cronológicos e da especialização para solução de conflitos normativos). Trata-se, isso sim, de, à base de ponderação principiológica, verificar a adequabilidade da norma do sistema garantidor internacional à ordem interna. O trabalho do intérprete, para solucionar o conflito de princípios, deve levar em conta, nesta hipótese, o ideário maior que impregna toda a Carta e que ditou a vontade do Estado brasileiro de ser co-partícipe, cooperar e se submeter a um sistema internacional garantidor dos direitos humanos e isso, inquestionavelmente, expressa a vontade soberana que, ao invés de se enfraquecer, fortalece-se, porque a Constituição está sendo cumprida. Daí porque não posso, de minha parte, concordar com a conclusão de CERNICCHIARO (2000, p. 38) vazada no sentido de que "...ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, está renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, ao meu aviso, afrontando a nossa Constituição."

O mesmo caminho poderá ser palmilhado para se alcançar a adequação das regras do Estatuto referentes a imprescritibilidade de crimes, entrega de nacionais e imunidades e prerrogativas de foro de agentes políticos, em face das correspondentes regras insculpidas na Carta. É dizer, em outras palavras, a adequabilidade volta-se para imprimir maior densidade normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana no conflito com o princípio da soberania, e assim o é porque a Constituição, que expressa a soberania popular, o quis.

Nesse sentido, com certeza porque atento a ponderação principiológica que imprime o norte de adequabilidade de tais regras, conquanto sem adentrar nos suportes jus-filosóficos ora traçados, CASSALI BAHIA (2003, p. 100), em relação à imprescritibilidade de crimes, registra:

“Dever-se considerar que a previsão restrita quanto à imprescritibilidade não pode significar que este rol não possa ser alargado, seja por lei ordinária seja por tratado internacional, pois tanto garante os direitos fundamentais individuais a previsão de prescritibilidade (em relação ao autor do delito) quanto a de imprescritibilidade (em relação à vítima e à sociedade) A figuração de imprescritibilidade apenas para os crimes de racismo e os relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, parece significar apenas mais uma daquelas normas formalmente constitucionais mas que materialmente não são.”

Sobre a entrega de nacionais, precisa é a lição de REZEK (2000, p. 67):

“...Parece-me óbvio a distinção entre a entrega de um nacional a uma jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, e a entrega de um nacional – esta sim proibida pela Constituição – a um tribunal estrangeiro, que exerce sua autoridade sob um outro pavilhão que não o nosso, e não, portanto, a uma jurisdição de cuja construção participamos, e que é produto de nossa vontade, conjugada com a outras nações.”

Aí está, sem dúvida, a distinção que deve ser feita entre entrega de nacionais e extradição. Aquela, em momento algum macula a soberania brasileira, quando se concebe o TPI como produto da inter-referência da soberania de estados distintos, portanto, um sistema normativo hetero-produtivo, para o qual o Brasil concorreu. Coisa diversa é a entrega de nacionais para se submeterem a um sistema legitimado a partir de inter-referências alheias a vontade soberana brasileira, cuja produção e aplicação normativas não se erigem sob a concorrência da soberania brasileira. Aí reside, inquestionavelmente, a causa constitucional justa, que adjuntada à ponderação de valores em defesa do princípio humanitário, impõe adequabilidade a entrega de nacionais ao TPI. Nessa mesma linha de entendimento registra CACHAPUZ (2000, p. 14) que é “Importante sublinhar que o *Tribunal Penal Internacional não será uma jurisdição*

estrangeira, mas uma jurisdição internacional, de cuja construção o Brasil participa, e terá, portanto, um vínculo mais estreito com a Justiça nacional.” (destaques no original).

No mais, quanto ao rompimento do regime de imunidades e prerrogativas de foro, pontifica REZEK (2000, p. 66):

“A ideologia do Tribunal Penal Internacional tem a ver com a idéia de evitar a impunidade mais grosseira e chocante de todas as possíveis: a impunidade de crimes que se cometem contra direitos humanos elementares; contra a paz dos povos; contra nações; contra comunidades raciais; ou por algum outro móvel reunidas. Essa ideologia leva em consideração a circunstância particular de que esses crimes, em larga medida, são cometidos à sombra da autoridade do Estado, ao benefício temporário da função pública, às vezes no mais alto nível.”

Aí reside a causa justa que coloca luz no caminho que conduz à compatibilidade da exclusão das imunidades e prerrogativas de foro por exercício de função. Crimes de guerra, contra a humanidade, genocídio, agressão constituem, segundo CACHAPUZ (2000, p. 15), delitos quase sempre praticados à sombra de autoridades que segundo o ordenamento jurídico de seus países desfrutam de prerrogativa de foro ou de imunidades.

A preocupação, em defesa do princípio humanitário, volta-se, aqui, contra a impunidade dos agentes políticos que têm em suas mãos o poder de agir, atuar e contrariamente assumem condutas omissivas ou positivas violadoras da dignidade humana.

Outros vários motivos podem ser somados à guisa de guarnecer adequabilidade do Estatuto à Constituição. Muitos no plano da subsunção, como por exemplo, demonstrar que a prisão perpétua é compatível com a Constituição porque esta admite pena mais grave, como a de morte como exceção (art. 5º, XLVII), o que validaria as disposições do Código Penal Militar sobre a pena de morte (Decreto-lei nº 1.001/69: arts. 55 a 67). Esse raciocínio, conquanto válido, revela inequívoca subsunção de regras (legal para constitucional), e poderia facilmente ser desmontado num caso em concreto, quando as circunstâncias revelassem que determinado homicídio, mesmo em guerra, avultasse lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana pelo emprego de meios cruéis, tortura, etc. Aí, sem dúvida, o caminho seria recorrer à ponderação de valores e eleger o princípio constitucional em detrimento da regra, o que conduziria, em última análise, ao caminho aqui palmilhado.

Enfim, é preciso se ter presente que “Existe uma estratégia da paz, não só da guerra...” (CHACON, 2002, p. 76). O Tribunal Penal Internacional se tornará, sem dúvida, um caminho propício ao declarado escopo. Quem viver, verá!

6. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul/set 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 8ª ed., São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio de Paulo. O Tribunal Penal e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Câmara dos Deputados. Série ação parlamentar, n. 110. Brasília, 2000.
- CASSALI BAHIA, Saulo José. O Tribunal Penal Internacional sob as perspectivas Internacional e Brasileira. In: *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*. Justiça Federal. Ano 2, nº 2. Salvador, agosto de 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 1º volume da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”. 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- _____. *O Poder da Identidade*. 2º volume da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de Prisão Perpétua. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 11. Brasília, agosto de 2000.
- CHACON, Vamireh. Globalização e Estados Transnacionais. In: *Relações Internacionais no século XXI*. São Paulo: Senac, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MAIA, Alexandre da. Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 4, nº 9. Recife, jan/jun de 1999.
- PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 11. Brasília, agosto de 2000.
- REZEK, Francisco. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 11. Brasília, agosto de 2000.
- _____. O Novo Tribunal Penal Internacional. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, nº 12, ano 15. Brasília, dezembro de 2003.
- SABÓIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 11. Brasília, agosto de 2000.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE*, nº 7, Recife: Ed. UFPE, 1995, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Maurício Adeodato.
- STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Câmara dos Deputados. Série ação parlamentar, n. 110. Brasília, 2000.

CONTRATAÇÕES NO SERVIÇO PÚBLICO POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO: A PREVISÃO DO INCISO IX, DO ART. 37, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONSIDERAÇÕES ATUAIS E RELEVANTES

Flávio Roberto Ferreira de Lima

Procurador Federal no Recife e Professor da UFPE

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações iniciais; 3. Natureza jurídica da contratação com base na Lei nº 8.745/93; 4. Competência para julgamento das ações em que se discute direitos advindos da contratação prevista no art. 37, IX, da C. F.; 5. Competência legislativa; 6. Quem pode contratar segundo os moldes do IX, art. 37, da C. F.?; 7. Hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público das Leis nºs 8.745/93 e 8.620/93; 8. Contratações de professores substitutos; 9. Processo seletivo dos candidatos à contratação por necessidade provisória de excepcional interesse público; 10. Conclusões; 11. Notas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 embora tenha previsto que o ingresso nos quadros dos entes públicos far-se-á através do concurso público, como estatui o Art. 37, II, da C.F., excepcionou essa regra nas hipóteses dos ocupantes dos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração (inciso II) e quando se tratar de contratação, por prazo certo, de acordo com necessidade de **excepcional interesse público**(Inciso IX).

Apoiando-se no referido inciso IX do Art. 37 da C.F. a Lei nº 8.112/90, que trata do regime jurídico único dos servidores públicos federais, dispôs em seus artigos 232 a 235 sobre a contratação temporária de excepcional interesse público. Não tardou, no entanto, e esses dispositivos foram revogados pela Lei

nº 8.745/93, a qual foi objeto de sucessivas modificações por medidas provisórias até que foi editada a Lei nº 9.849/99. Após a edição de outras medidas provisórias que alteraram a Lei nº 8.745/93, a mesma possui redação atual dada pela Lei nº 10.667, de 14 de maio de 2003.

Os entes públicos, no entanto, vêm usando da contratação temporária por excepcional interesse público como meio de suprir deficiências de pessoal momentâneas, sem a utilização da via constitucional do concurso público. Dessa relação jurídica uma série de questões apresentam-se inevitáveis, entre elas: **a natureza jurídica da relação entre os contratantes; a competência de foro para dirimir conflitos entre as partes; a competência para legislar sobre a mencionada matéria constitucional; quais entes públicos podem e quais não podem efetuar este tipo de contratação**, entre outras.

O presente texto tem por fito examinar as questões legais e constitucionais mais relevantes ligadas à contratação temporária por excepcional interesse público prevista pelo inciso IX do Art. 37, da C.F.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A redação do invocado inciso IX, do Art. 37, da C.F.⁽¹⁾, embora, a princípio, possa parecer redundante ao estabelecer que a contratação será por **prazo determinado** para atender **necessidade temporária de excepcional interesse público**, traz em si, uma preocupação real do legislador constituinte de que a **necessidade temporária**, embora legitimamente identificada na legislação infra-constitucional, transmude-se em necessidade permanente, o que certamente ocorreria se não houvesse prazo determinado na contratação de pessoal.

Há duas razões básicas que legitimam o ingresso no serviço público, sem a realização de concurso público de provas e títulos. A 1ª é a **urgência** na contratação do pessoal. Essa urgência deve se encontrar devidamente justificada, sem o que, se estará, tão-só, violando a regra geral de ingresso no serviço público que é o concurso público.

A 2ª é de **caráter estritamente econômico**: Os contratados pelo regime temporário embora recebam remunerações aproximadas dos servidores públicos paradigmas não oneram os cofres da instituição contratante com aposentadorias futuras. É uma grande vantagem para o Estado considerando o elevado *déficit* que a previdência dos servidores públicos encontra-se submetida.

Os contratos temporários pelo regime da Lei nº 8.745/93 fornecem uma maior liberdade à Administração Pública por serem mais “flexíveis” na seleção

de candidatos, do que os rigorosos concursos públicos. Não há regras determinadas sobre o processo seletivo simplificado. O *caput* do art. 3º da Lei nº 8.745/93, no entanto, ressalta que o recrutamento de pessoal deverá se fazer através de ampla divulgação, inclusive no Diário Oficial da União. De qualquer modo, na omissão da lei devem prevalecer os princípios constitucionais atinentes à administração pública: a publicidade, moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência.

Lei nº 8.745/93, art. 2º, presume que será de excepcional interesse público as contratações que visem atender extenso elenco de demandas, incluindo entre outras atividades “*a admissão de professor substituto e visitante*” (inciso IV).

Essa presunção, no entanto, pode ser elidida, desde que se observe que a contratação não é de “excepcional interesse público”.

Pode-se perquirir se todas as contratações realizadas no elenco da lei sempre atendem à *necessidades temporárias de excepcional interesse público*. Nem sempre. **Somente estará caracterizada, a meu ver, o excepcional interesse público se afigurar-se incompatível a seleção do concurso público com a contratação que se queira realizar.** Não se pode esquecer que a regra constitucional é que o ingresso no serviço dar-se-á por concurso público e que, apenas, excepcionalmente, se poderá usar a via excepcional.

Quando a urgência no preenchimento das vagas é patente – como no caso de combate a surtos endêmicos (art. 2º, II) – é irrazoável imaginar a Administração Pública promovendo concurso público - que é moroso para uma necessidade urgente - sob o risco de apenas concluir-se o processo, quando as necessidades sanitárias não mais persistam ou quando a epidemia apresentar-se de proporções de difícil controle, acarretando com isso, obviamente, prejuízo ao interesse público e à própria sociedade.

Nem sempre, no entanto, a situação concreta traz, de modo tão inequívoco, a legitimidade do uso da via excepcional. A análise de registros de marcas e patentes do INPI era enquadrada pela Lei como necessidade de excepcional interesse público. (art. 2º, VI, “c”, Lei nº 8.745/93). O dispositivo nunca atendeu o preceito da excepcionalidade, uma vez que se tratava de atividade estatal específica do INPI, não podendo ser caracterizada, obviamente, como necessidade temporária. **O STF no julgamento da Adin nº 2.380-2, em 20.06.2001, entendeu por suspender os efeitos do mencionado dispositivo. A Lei nº 10.667/2003 revogou, expressamente, o referido dispositivo.**

3. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRATAÇÃO COM BASE NA LEI Nº 8.745/93

Qual regime jurídico que se submetem aqueles que contratam com o poder público para o exercício de atividades, por prazo determinado, nas hipóteses da Lei nº 8.745/93 ou em legislação similar decorrente do inciso IX da C.F.?

Evidentemente por não se tratar de vínculo efetivo não se pode enquadrá-los como regime estatutário típico dos servidores públicos disposto na Lei nº 8.112/90, embora no Art. 11 da Lei nº 8.745/93 haja remissão à vários artigos da Lei nº 8.112/90(Art. 11)⁽²⁾.

Também não se pode designar de vínculo trabalhista uma vez que a mencionada legislação, combinada com a Lei nº 8.112/90, constitui-se em corpo normativo que escapa ao regramento da legislação trabalhista, embora esses agentes públicos sejam designados como segurados obrigatórios da previdência social, como prevê o disposto na Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993.

O modelo da Lei nº 8.745/93 decorre, diretamente, do texto constitucional e possui natureza jurídica autônoma, mas assemelhada ao contrato de “prestação de serviço” do novo Código Civil (Arts. 593 a 609 do CC/2002) ou de locação de serviços, nada redação do CC/1916, arts. 1216 a 1236, como previsto no Art. 17 da Lei nº 8.620, de 05 de janeiro de 1993⁽³⁾, ao tratar dos contratos de pessoal por prazo determinado do Instituto Nacional do Seguro Social.

Merece advertir-se, no entanto, que a contratação de pessoal não pode ser rotulada pura e, simplesmente, como locação de serviços, descendência da “locatio” do direito romano⁽⁴⁾, uma vez ser impossível, em tese, dissociar o elemento humano dos serviços que ele presta, tanto o é que o Art. 11 da Lei nº 8.745/93 atribuiu aos contratados sob o referido regime direitos nitidamente trabalhistas.

Sem dúvida a natureza *sui generis* é aplicada no presente caso. Muitas vezes a doutrina busca, de todas as formas, enquadrar determinado instituto jurídico em categorias conhecidas, sem que haja, no entanto, aplicabilidade prática observável. Na hipótese o caminho mais simples e pelo qual se envereda, é o regramento específico constitucional, sem vincular-se a uma ou outra categoria de relação de trabalho, nas quais o rótulo conhecido apenas se apresentaria como um esforço inútil e forçoso.

4. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS AÇÕES EM QUE SE DISCUTE DIREITOS ADVINDOS DA CONTRATAÇÃO PREVISTA NO ART. 37, IX, DA C. F.

Partindo-se do vínculo jurídico supra delineado, verifica-se, de logo, incompatível, a competência da justiça do trabalho para tratar de eventuais litígios em que se invoque direitos dessa relação jurídica.

A competência da Justiça do Trabalho limita-se às causas trabalhistas (Art. 114 da C.F.), não sendo admissível interpretação que venha ampliá-la. Dessa forma o foro competente, por exclusão, é o foro comum.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ tem sido pacífica, como se observa pelo seguinte aresto:

“**Acórdão** CC 22424/SC ; CONFLITO DE COMPETENCIA (1998/0037467-1) **Fonte** DJ DATA:22/03/1999 PG:00049 **Relator** Min. VICENTE LEAL (1103) **Data da Decisão** 24/02/1999 **Órgão Julgador** S3 - TERCEIRA SEÇÃO **Ementa** CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRABALHISTA. CONTRATO TEMPORÁRIO. PRAZO DETERMINADO. RESCISÃO. COMPETÊNCIA. -A jurisprudência é pacífica no sentido de que toda controvérsia relacionada com **contratação temporária**, por prazo determinado, para atendimento das **necessidades** de interesse público, deve ser dirimida pela Justiça Comum, inclusive, para dizer sobre a regularidade ou não do ato de admissão.-Conflito conhecido. Competência da Justiça Comum. **Decisão** Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitante, Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública Acidentes do Trabalho e Registros públicos de Criciúma-SC.”⁽⁵⁾

Não caracterizada a competência da Justiça do Trabalho, Justiça Especial, o foro próprio para o ajuizamento das demandas é na Justiça Comum dos Estados ou na Justiça Comum Federal, caso o Ente público contratante seja Municipal, Estadual ou federal.

5. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A Constituição Federal ao admitir a contratação temporária por excepcional interesse público remeteu à legislação infra-constitucional a atribuição de

regular as hipóteses e demais condições de uso dessa via excepcionadora. A primeira questão que se apresenta evidente é que a regulação do dispositivo constitucional não se acha limitado ao ente federal, mas legitima o exercício da atividade legiferante dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

A competência dos entes federados para dispor sobre a matéria se acham escudadas, expressamente, pelo Art. 37 da C.F. ao dispor que “ *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:...* “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.” (grifos inexistentes no original).

Obviamente há outorga constitucional para que os entes políticos venham editar legislação específica, de acordo com suas características próprias. Se isso constitui-se em importante previsão constitucional possibilita, de outro lado **em perigoso meio para afastar-se o concurso público como meio regular de ingresso no serviço público.**

Merece destacar-se que ao se tratar de legislação federal a competência para julgamento da lide se dará na órbita da Justiça Federal, quando for o caso de legislação estadual, distrital ou municipal a competência é da justiça estadual comum. Nesse sentido registra-se o seguinte aresto:

“**Acórdão** CC 10904/PR ; CONFLITO DE COMPETENCIA (1994/0031084-6) **Fonte** DJ DATA:13/02/1995 PG:02210 **Relator** Min. JESUS COSTA LIMA (0302) **Data da Decisão** 01/12/1994 **Órgão Julgador** S3 - TERCEIRA SECAO **Ementa:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETENCIA. SERVIDOR DO IBGE. PRETENSÃO. COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR CAUSA DE SERVIDOR DO IBGE, TRATANDO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO PARA ATENDER **NECESSIDADE TEMPORÁRIA** E EXCEPCIONAL DE INTERESSE PUBLICO. **Decisão** POR UNANIMIDADE, CONHECER DO CONFLITO E DECLARAR COMPETENTE O SUSCITANTE, JUIZO FEDERAL DA 3A. VARA DA SEÇÃO JUDICIARIA DO ESTADO DO PARANA.”⁽⁶⁾

5. QUEM PODE CONTRATAR SEGUNDO OS MOLDES DO IX, ART. 37, DA C. F.?

O Art. 173 § 1º da C.F. determina que a “*empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.*”

Embora a Lei da Contratação temporária do ente público não se refira à matéria trabalhista, por uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional, combinando-se com o disposto no Art. 37, IX, da C.F., posto que a outorga constitucional da Lei nº 8.745/93 é um dos incisos do Art. 37, não se pode deixar de admitir que o dispositivo constitucional (Art. 173 § 1º) impede a aplicação da invocada legislação às empresas públicas e também as autarquias e fundações que exerçam atividade econômica, posto que lhes traria um benefício indevido violando com isso o Art. 173 § 1º da C.F.

Como exemplo de fundações públicas que exercem atividade econômica anotem-se àquelas que prestam serviços na realização de concursos públicos e quanto às autarquias, aquelas que obtêm a remuneração de seus serviços mediante preço público.

Atento a essa realidade constitucional o Art. 1º da Lei nº 8.745, de 09. 12.93 dispõe que “*Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta lei.*”

A Lei poderia ter sido mais detalhada excluindo as autarquias e fundações que, eventualmente, exerçam atividade econômica, posto que incompatíveis com o disposto no Art. 173 § 1º da C.F. como já exposto supra.

7. HIPÓTESES DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO DAS LEIS NºS 8.745/93 E 8.620/93

Além do extenso elenco de hipótese de contratação previstas no art. 2º⁽⁷⁾ da Lei nº 8.745, de 09. 12.93 registra-se que o Instituto Nacional do Seguro Social possuía regra própria de contratação, antes mesmo da vigência da Lei nº 8.745/93. Nesse sentido a redação da Lei nº 8.620/93⁽⁸⁾, admitindo a contratação para atender necessidade de excepcional interesse público.

O elenco de hipóteses legais da Lei nº 8.745/93, em regra, demonstra situações em que se denota necessidades específicas de determinados entes públicos, como o INPI, a FUNAI e o INSS, bem como se apresentam situações de urgência em que o processo seletivo do concurso público seria obstáculo indesejável em detrimento do interesse público.

No caso da contratação de professores substitutos, em algumas instituições de ensino público, tem se tornado prática, infelizmente, a utilização dessa via excepcional como regra, o que desvirtua, por completo, a previsão constitucional em tela, como adiante se passará a examinar.

8. CONTRATAÇÕES DE PROFESSORES SUBSTITUTOS

Os §§ 1º e 2º da Lei nº 8.745/93⁽⁹⁾, com redação dada pela Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999 são rigorosos ao dispor que a contratação de professor substituto far-se-á, *exclusivamente*, para suprir falta de docente da carreira, nas hipóteses decorrentes de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória.

Professor substituto é aquele professor que não mantém vínculo efetivo com a instituição pública de ensino, sendo contratado mediante processo seletivo simplificado. Este processo de seleção exige que a instituição de ensino faça ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União (Art. 3º da Lei nº 8.745/93).

Embora o regramento legal e constitucional estabeleça que o professor substituto apenas poderá ser contratado em situações de “falta de docente da carreira”⁽¹⁰⁾ a prática vem demonstrando que algumas instituições de ensino vem se utilizando dessa via sem o suporte e legal e constitucional que lhe aberga. Nesse sentido registre-se o seguinte aresto do Tribunal Regional Federal:

“TRF500025887 Origem: TRIBUNAL: TRF5 Registro inicial do processo (RIP): 05088983 Decisão: 18-11-1997 Tribunal= TR5 Dia-Dec= 18 Mes-Dec= 11 Ano-Dec= 1997 Data-Dec= 11-18-1997 - (MES-DIA-ANO) PROC: AG NUM: 0506705 ANO: 1996 UF: RN TURMA:2 AGRADO DE INSTRUMENTO Fonte(Publicação): Data da Publicação (mes-dia-ano): 01-30-1998 - DJ DATA (mes-dia-ano): 01-30-1998 PG: 161 Ementa: ADIMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. UNIVERSIDADE. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR TEM-

PORÁRIO. RESERVA DE VAGA PARA PROFESSOR SUBSTITUTO CONCURSADO. 1. QUANDO A AUTORIDADE PÚBLICA PREENCHE AS VAGAS EXISTENTES, ESTÁ DEMONSTRADO CLARAMENTE QUE EXISTEM A OPORTUNIDADE, A CONVENIÊNCIA E A DISPONIBILIDADE FINANCEIRA, NECESSÁRIAS À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO. 2. AGRAVO IMPROVIDO. Relator: JUIZ:502 - JUIZ ARAKEN MARIZ. Decisão: UNÂNIME” (GRIFOS INEXISTENTES NO ORIGINAL)”⁽¹¹⁾

O professor substituto deve ser contratado por situação esporádica, emergencial, excepcional. Não é aceitável que as instituições vivam, sempre, num regime de contratações provisórias, de modo a negligenciarem as ocupações efetivas em prol das contratações temporárias.

A situação ganha relevo quando a contratação se faz em área em que se realizou concurso público. Nesse caso o concursado tem direito à sua nomeação se a instituição de ensino promover a contratação temporária (REGRA, ALIÁS, APLICÁVEL À QUALQUER CARGO NO SERVIÇO PÚBLICO).

O STF nos autos do RE 273.605, Informativo nº 265⁽¹²⁾, se posicionou sobre o tema entendendo que os candidatos aprovados ao Concurso Público para Professor Assistente da Universidade de São Paulo – USP possuem direito à nomeação quando a Universidade contrata professores, sob o regime trabalhista, para exercer o mesmo Cargo em que houve Concurso Público.

9. PROCESSO SELETIVO DOS CANDIDATOS À CONTRATAÇÃO POR NECESSIDADE PROVISÓRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

O Art. 3º da Lei nº 8.745/93 dispõe que: “O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta lei, será feito mediante **processo seletivo simplificado**, sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário oficial da União, prescindindo de concurso público.” (Grifos inexistentes no original).

A observação que merece ser feita é o que vem a ser processo seletivo simplificado? O dispositivo já se encontrava presente na redação original da Lei nº 8.112/90, revogada pela Lei nº 8.745/93. Por processo simplificado pode-se entender aquele que presume regras pré-definidas de menor complexidade do que as utilizadas no concurso público.

O processo simplificado, reitera-se, encontra-se submetido aos princípios constitucionais da administração pública, Art. 37, C.F..

A Lei nº 8.745/93, no § 1º do seu Art. 3º dispõe que a “*contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública prescindirá de processo seletivo.*” É bastante razoável que este dispositivo exista. De fato não se apresentaria lógico que a mora na realização do processo seletivo de contratação de pessoal temporário pudesse trazer prejuízos para o interesse público. Saliente-se, no entanto, que a invocada calamidade pública deverá ser decretada oficialmente, não bastando uma mera situação de calamidade.

A Lei nº 10.667, de 14.05.2004, incluiu o § 3º, do art. 2º, da Lei nº 8.745/93, dispondo, expressamente, que o processo seletivo simplificado deverá observar “...os critérios e condições estabelecidos pelo Poder Executivo”, para as hipóteses de contratação do art. 2º, inciso VI, alínea “h” (“VI – atividades:... h - técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinados implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública”)

Foi editado o Decreto nº 4.748, de 16 de junho de 2003, passando a dispor sobre as regras específicas para a realização de processo seletivo simplificado, o qual passou a prever, obrigatoriamente, a realização de prova escrita e, facultativamente, análise de *curriculum vitae*. (Art. 4º). O referido Decreto é minucioso, no entanto, somente é dirigido para os casos §3º do art. 3º da Lei nº 8.745/93. Caberia perguntar se é cabível a aplicação do referido Decreto aos demais casos da Lei nº 8.745/93? A resposta deve ser afirmativa, salvo quando houver regras específicas, como a previsão do art. 3º §1º da Lei nº 8.745/93, quando se dispensa – expressamente – o processo seletivo. Não há obrigação, no entanto, de uso do referido Decreto nº 4.748, de 16 de junho de 2003, uma vez que a Lei nº 8.745/93, apenas o exigiu para os casos do §3º do art. 3º da Lei nº 8.745/93, não se podendo estender sua aplicação para outros casos não previstos na norma de regência.

10. CONCLUSÕES

1. Os contratos entre pessoas naturais e entes públicos, com base no Art. 37, IX, da C.F. para atender necessidade provisória de excepcional interesse público, não se enquadram como contrato de trabalho, nem como o vínculo estatutário próprio dos servidores públicos, mas apresenta-se como modelo jurídico próprio decorrente da Constituição Federal vigente, assemelhando-se à

“locação de serviços”/ prestação de serviços do direito civil, mas com elas não se confundindo, tratando-se de regramento jurídico “*sui-generis*”.

2. A competência para instrução e julgamento das lides advindas das relações jurídicas surgidas na contratação prevista no Art. 37, IX, C.F. é da justiça comum: estadual ou federal, de acordo com o ente público que efetuar a contratação.

3. O inciso IX do Art. 37, da C.F. constitui-se em hipótese de competência legislativa concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

4. Nem todos entes públicos podem contratar segundo a previsão do Art. 37, IX, da C.F., mas apenas aquelas que não desempenham atividade econômica, por respeito ao disposto no Art. 173 § 1º da C.F.

5. A contratação de professor substituto apenas é admitida para suprir a falta de docente da carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória, sendo ilegais as contratações realizadas quando houver candidato aprovado a concurso para preenchimento de vagas de professor efetivo, nos termos do pronunciamento do STF (RE 273.605)

6. O processo seletivo exigido pela Lei nº 8.745/93 apenas é legal quando se der divulgação, mediante publicação no Diário Oficial da União ou Jornal de ampla circulação, e desde que haja procedimento escrito anterior em que seja assegurado aos candidatos o respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente a impessoalidade e moralidade.

7. O procedimento previsto no Decreto nº 4.748, de 16 de junho de 2003, é obrigatório, apenas às hipóteses do §3º, do art. 3º, da Lei nº 8.745/93, não se podendo estender sua aplicação para outros casos não previstos na norma de regência.

11. NOTAS

1. “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.”

2. Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

3. Art, 17. Fica autorizado o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a efetuar contratação de pessoal por prazo determinado, mediante contrato de locação de serviços, para atender as seguintes situações:.....”

4. Nascimento, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1992, pág. 275.

5. Superior Tribunal de Justiça. site: <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>.

6. Superior Tribunal de Justiça. site: <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>.

7. I - assistência a situações de calamidade pública; II - combate a surtos endêmicos; III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; IV - admissão de professor substituto e professor visitante; V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; VI - atividades a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI; c) de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI; d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas; e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC; f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM. VII – manutenção e normalização da prestação de serviços públicos, por prazo superior a 10 (dez) dias, em quantitativo limitado ao número de servidores que aderiram ao movimento (c/redação dada pela MP 10/2001)

8. “Art. 17. Fica autorizado o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a efetuar a contratação de pessoal por tempo determinado, mediante contratação de pessoal por tempo determinado, mediante contrato de locação de serviços, para atender as seguintes situações: I - programa de Revisão da Concessão e da Manutenção dos Benefícios da Previdência Social de que tratam os arts. 69 a 71 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; II - elaborar os cálculos para execução das sentenças transitadas em julgado nas ações acidentárias e previdenciárias, cujos processos se encontram paralisados junto às Procuradorias Estaduais do INSS; III - promover diligências para localizar os devedores ins-

critos em dívida ativa e levantar os bens a serem oferecidos ao respectivo juízo para garantir o cumprimento do disposto no art. 7º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980; IV - atender as demais necessidades temporárias, de excepcional interesse público, das Procuradorias do INSS.”

9. “§ 1º A contratação de professor substituto a que se refere o inciso IV far-se-á **exclusivamente** para suprir a falta de docente da carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória.

§ 2º As contratações para substituir professores afastados para capacitação ficam limitadas a dez por cento do total de cargos de docentes da carreira constante do quadro de lotação da instituição.” (NR)

10. Por docente da carreira deve-se entender o professor de instituição de ensino aonde ocorrer a contratação. Se houver ociosidade de professores ou um outro professor puder ser deslocado para suprir a carência de professor nas hipóteses dos §§1º e 2º do Art. 2º da Lei nº 8.745/93 é ilegal a contratação de professor substituto, por flagrante desvirtuamento da Lei nº 8.745/93.

11. CJF - site: <http://www.cjf.gov.br>

12. Informativo 265, STF: “Por ofensa ao art. 37, IV, da C.F. (“durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira”), a Turma deu provimento a recurso extraordinário para assegurar a nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o cargo de professor assistente da Universidade de São Paulo. Considerou-se que, no caso concreto, ficara comprovada a necessidade da Administração no preenchimento das vagas, haja vista que a Universidade de São Paulo contratara, no prazo de validade do concurso, dois professores para exercerem o mesmo cargo, sob o regime trabalhista – sendo um deles candidato aprovado do mesmo concurso. Afastou-se, ainda, a fundamentação constante do acórdão recorrido no sentido de que seria necessária a abertura de novo concurso pela Administração para a comprovação da existência das vagas. Precedente citado: RE 192.568 – PIDJU 13.9.96). RE 273.605 – SP, rel. Min. Néri da Silveira, 23.4.2002. (RE – 273.605).

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CONTRLE JUDICIAL

Andreas J. Krell

Doutor em Direito pela Universidade de Berlin

Sumário: 1) Introdução; 2) A concessão legislativa de liberdade de decisão à Administração Pública; 3) Evolução da matéria no Brasil: a distinção rígida entre atos “vinculados” e “discricionários” e o seu fracionamento em elementos; 4) Origens da teoria alemã dos “conceitos jurídicos indeterminados” e as mudanças doutrinárias nesse país sobre o assunto; 5) A recepção da distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade na doutrina brasileira; 6) A questão hermenêutica: aspectos “cognitivos” e “volitivos” da interpretação jurídica; 7) Concessão de “espaços de livre apreciação” à Administração; 8) A visão “jurídico-funcional” da densidade adequada de sindicância judicial; 9) Diferentes tipos de conceitos indeterminados utilizados nos textos legais; 10) O progressivo controle na base dos princípios constitucionais no Brasil - A teoria germânica dos “vícios de discricionariedade”; 11) Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

É o propósito deste trabalho¹ contribuir para a melhor compreensão de um dos temas mais importantes do Direito Administrativo, que é a conceituação

¹ Para o aprofundamento da questão no âmbito da proteção ao meio ambiente, vide Krell, Andreas. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

e definição do fenômeno da discricionariedade administrativa e seu devido controle por parte dos tribunais.

O estudioso encontra um número elevadíssimo de trabalhos nacionais e estrangeiros sobre o tema da discricionariedade, cujos autores desenvolvem teorias diversificadas e linhas específicas de análise, diferentes pontos de partida e metodologias,² o que dificulta a compreensão dos verdadeiros problemas. Ao mesmo tempo, há inúmeros juízes, promotores, procuradores e advogados que evitam uma discussão mais profunda e acabam aderindo à jurisprudência tradicional, que costuma usar uma classificação ultrapassada referente aos atos administrativos, que não consegue fornecer soluções adequadas aos problemas.

Apesar do grande volume de publicações sobre o assunto, vale ressaltar que ainda não existe uma teoria firme sobre a discricionariedade administrativa e seu controle no Brasil, nos planos doutrinário e jurisprudencial.³ As contribuições dos administrativistas nacionais mais importantes divergem bastante entre si, trazendo para a discussão cada vez mais teorias e termos que foram desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência estrangeiras - especialmente da Alemanha -, como os “conceitos jurídicos indeterminados”, a “margem de livre apreciação”, a “redução da discricionariedade a zero”, entre outros. Nesse país, contudo, pode-se observar uma *evolução cíclica*, ou até um “interminável debate”, sobre a discricionariedade administrativa e seu controle judicial.⁴

Por isso, pretende-se apresentar aqui, de forma resumida, os tópicos mais importantes dessa discussão e tecer algumas considerações sobre a sua utilização e utilidade no sistema brasileiro. Ao mesmo tempo, devem ser discutidos os pontos duvidosos e os equívocos das teorias germânicas sobre a discricionariedade, que, muitas vezes, já sofreram uma reformulação no seu país de origem, sem que este fato tenha sido divulgado por aqui.

Sem dúvida, uma doutrina sobre os atos discricionários da Administração e seu controle guarda conexão íntima com o desenvolvimento do Estado de Direito e do constitucionalismo em cada país e, por isso, deve seguir, necessariamente, caminhos próprios. Qualquer estudo de Direito “comparado”, portan-

² Na Espanha há grande proliferação de publicações, sendo a maioria dos autores fortemente influenciada pela doutrina germânica; cf. Bacigalupo, Mariano. *La discrecionalidad...*, 1997, p. 15-43. O mesmo vale para Portugal (cf. Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 86-103) e, acima de tudo, para a própria Alemanha, de onde provém a grande maioria das teorias sobre o tema.

³ Cf. Moraes, Germana de O. *Controle jurisdicional...*, 1999, p. 46-55, 76.

⁴ Bacigalupo, Mariano. *Op. cit.*, p. 18.

to, deve ser desenvolvido com a devida sensibilidade para com as diferenças das condições históricas, políticas, socioeconômicas e culturais entre os países.⁵

De qualquer forma, a discussão sobre o assunto se move sempre entre os pólos principiológicos do acesso irrestrito aos tribunais, responsáveis pelo controle da correta aplicação do Direito, e a autonomia da Administração Pública para exercer a função que lhe foi constitucionalmente assegurada: escolher, dentro dos limites legais, a melhor opção a ser seguida pelo Poder Público diante de uma situação concreta.⁶

É de frisar também que não será aprofundada aqui a questão das novas formas de controle da discricionariedade administrativa através dos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Brasileira. Este tema de grande atualidade e importância está sendo tratado, com muita propriedade, por um número crescente de autores nacionais, o que justifica a limitação de sua abordagem nos moldes deste trabalho.

2. A CONCESSÃO LEGISLATIVA DE LIBERDADE DE DECISÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No antigo Estado de Polícia da Europa dos séculos XVI a XVIII, a *discricionariedade* ainda era considerada genuína expressão da soberania do monarca. Com o advento da Revolução Francesa, iniciou-se uma crescente preocupação com a proteção dos direitos individuais do cidadão, especialmente a sua liberdade e sua propriedade.

A partir do início do século XIX, aumentou a produção legislativa dos novos parlamentos criados em vários Estados europeus e americanos. Do Poder Executivo foi retirada a prerrogativa de editar leis, e a vontade do Rei, substituída pela vontade geral do Povo. A partir da pragmática teoria da separação dos Poderes, começou-se a impor limites às atividades dos órgãos estatais, especialmente da Polícia, tudo em defesa dos direitos dos cidadãos. Surgiu também a distinção entre o *Governo*, como atividade política e discricionária, livre da apreciação judicial, e a *Administração* propriamente dita.

O grande desafio do jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade,

⁵ Cf. Krell, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, 2002, p. 41ss.

⁶ Sundfeld, Carlos A.; Câmara, Jacintho A. Controle judicial dos atos administrativos, 2002, p. 24.

ganhando crescente popularidade a idéia de que a Administração Pública devia ser regulamentada tanto quanto possível e sem lacunas pelas leis e controlada plenamente pelos tribunais.⁷ Nesse processo, a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um “corpo estranho” dentro do Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade monárquica, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada.

Somente após muitos anos de debate político e justeórico, a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas.⁸ Ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes. Já no fim do século XVII, John Locke tinha afirmado que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”.⁹

Por isso, há razões de ordem material para a existência da discricionariedade, que resulta de uma “abertura normativa”, quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto. Nessa órbita de livre decisão prevalece sua avaliação e vontade, que é, via de regra, não ou pouco sindicável pelos tribunais.¹⁰

Pode-se afirmar que o exercício de discricionariedade significa uma “competência para a concretização do Direito nos moldes de uma fixação finalista anterior”.¹¹ O legislador sempre vai conceder um grau maior de discricionariedade onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de

⁷ Bullinger, Martin. *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986, p. 131.

⁸ Costa, Regina H. *Conceitos jurídicos indeterminados...*, 1989, p. 38.

⁹ Locke, John. *Dois tratados sobre o governo* (1698), 1998, p. 529.

¹⁰ A própria palavra discricionariedade tem a sua raiz no verbo latino discernere, o que significa separar, distinguir ou avaliar.

¹¹ Starck, Christian. *Das Verwaltungsermessen...*, 1991, p. 167.

conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto.

Também não se deve olvidar que, na moderna “sociedade de risco” (U. Beck) de um mundo globalizado, aumentaram, de forma vertiginosa, os problemas dos governos nacionais e subnacionais (regionais, locais), que vieram a enfrentar novos desafios ligados ao progresso das ciências naturais (v.g.: energia nuclear, biotecnologia) e da degradação e exaustão dos recursos naturais (água, ar, solo, flora, fauna, paisagens etc.).

Além disso, os países chamados de “subdesenvolvidos” ou (melhor) de “periféricos”, onde “as promessas da modernidade continuam não cumpridas”, são obrigados a desenvolver esforços hercúleos para combater os antigos e cada vez mais urgentes problemas causados pela exclusão social de grandes partes de sua população, em busca da implantação de um verdadeiro Estado Social, que, no Brasil, segundo Streck, “não passou de um simulacro”.¹²

Nessa missão, o moderno Estado Intervencionista trabalha com as chamadas “normas-objetivo”¹³ ou “normas de criação” (*Gestaltungsnormen*), que possuem uma programação finalista e servem de base jurídica na implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais, que deixaram de ser apenas executores de normas preestabelecidas pelos Legislativos e, na verdade, detêm as informações estratégicas e o *know how* da organização dessas políticas.¹⁴

Esses *standards* legais têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade.¹⁵ Para realizar essa abertura, muitas leis utilizam conceitos vagos e fluidos, que conferem à Administração um âmbito de responsabilidade própria para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras.

Por isso, há bastante variação na *densidade normativa* das leis administrativas, especialmente nas áreas da saúde pública, do fomento econômico, do

¹² Streck, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002, p. 115.

¹³ Derani, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*, 1997, p. 201.

¹⁴ Di Pietro, M. Sylvia Z. *Discricionariedade administrativa...*, 1991, p. 22.

¹⁵ França, Vladimir R. *Invalidação judicial da discricionariedade...*, 2000, p. 34.

planejamento espacial, do controle urbanístico e da proteção ambiental. A estrutura normativa desses diplomas legais também não é uniforme: nem sempre eles são programados na forma *condicional*, seguindo o código “se A acontecer, então seja B”, característica do Direito Privado e do Direito Penal.

Muitos desses textos legais deixam de apresentar as tradicionais *hipóteses* de ação e prescrevem a perseguição de determinados objetivos, fins e metas, o que necessariamente abre uma maior liberdade de decisão para os governos e os órgãos administrativos que as implementam. Nas normas sobre planejamento administrativo (setorial e espacial), o “esquema se-então” foi substituído quase totalmente pelo “esquema fim-meio”.¹⁶

Tecnicamente, essa diminuição de vinculação legal se opera através do uso de *conceitos jurídicos indeterminados* e da concessão de *discricionariedade*, dois termos que podem ser distintos, mas servem para o mesmo objetivo, como veremos adiante. A origem desses conceitos indeterminados é o Direito Privado, no qual o juiz deve concretizar diariamente termos como “boa-fé”, “vícios ocultos”, “bons costumes”, referentes a contratos etc. Na área do Direito Administrativo, no entanto, os tribunais normalmente só controlam as decisões que já foram tomadas anteriormente pelos órgãos administrativos.

Onde os parlamentos criam textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos, ou concedem amplos espaços de decisão para escolher os meios adequados para a solução dos casos concretos, diminui a vinculação da atuação da Administração Pública. Nesses casos, o legislador transfere para a Administração uma parte de sua “liberdade de conformação legislativa” (*gesetzlicher Gestaltungsspielraum*).¹⁷ Visto por este ângulo, a discricionariedade é “a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize correspondendo às necessidades de cada momento”.¹⁸

Essa *densidade mandamental* das normas varia segundo as exigências materiais para a solução dos problemas nas diferentes áreas do Direito Administrativo e encontra os seus limites no princípio da “reserva da lei” (*Vorbehalt des Gesetzes*), segundo o qual o próprio Legislativo, em virtude de sua maior legiti-

¹⁶ Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1997, p. 113.

¹⁷ Hofmann, Christian. Der Beitrag der neueren Rechtsprechung..., 1995, p. 745.

¹⁸ Fiorini, B. A. apud Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 42.

mação democrática, deve decidir sobre as questões públicas mais importantes, especialmente onde houver interferências nos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também onde o Estado Social efetua prestações, que devem ser distribuídas de forma ordenada e igualitária (v.g.: subvenções).¹⁹ Nessas áreas sensíveis, as normas que atribuem poderes à Administração Pública devem ser *específicas*, e não somente genéricas. No entanto, uma excessiva reserva da lei entraria em choque com o princípio da divisão equilibrada dos Poderes e menosprezaria a legitimação democrática dos outros órgãos do Estado.²⁰

Dessa forma, há cada vez mais decisões e medidas administrativas que somente podem ser tomadas na base de uma ponderação das condições e circunstâncias concretas e que não são abertas para uma previsão legal mais densa. Nesses casos, a norma legal recua em favor de uma decisão justa na situação individual.²¹ Outra conseqüência dessa reduzida intensidade da *programação normativa* é uma restrição do controle judicial, que sempre está adstrito às leis e ao Direito.

Assim, pode-se afirmar que a independência do administrador frente ao legislador e a sua independência em relação ao controle judicial são “as duas caras da mesma moeda”.²² O grande problema reside justamente na fixação racional: até onde pode e deve ir o controle judicial dos diferentes atos administrativos.

3. EVOLUÇÃO DA MATÉRIA NO BRASIL: A DISTINÇÃO RÍGIDA ENTRE ATOS “VINCULADOS” E “DISCRICIONÁRIOS” E O SEU FRACIONAMENTO EM ELEMENTOS

Ainda prevalece em muitos manuais do Direito Administrativo brasileiro a distinção rígida entre atos administrativos *vinculados*, definidos como aqueles

¹⁹ Cf. Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 199ss.; Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional..., 1998, p. 639ss.

²⁰ Zippelius, Reinhold. Teoria Geral do Estado, 1997, p. 395. Uma restrição parcial da reserva da lei representa a “teoria da essencialidade” (Wesentlichkeitstheorie) da Corte Constitucional alemã, que exige do legislador somente uma “decisão orientadora”, mas deixa ao Governo e à Administração a regulamentação do “núcleo central” do assunto, na medida em que a essência de uma questão administrativa a justifique ou a exija.

²¹ Ossenbühl, Fritz. Op. cit., p. 206.

²² Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 84.

atos para os quais “a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de decisão”, e atos administrativos *discricionários*, que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.²³

Sem dúvida, existem medidas em que a atuação administrativa está plenamente predeterminada pelo texto legal, como ocorre na edição de atos que têm como objeto cálculos matemáticos (v.g.: direito tributário, de previdência, de remuneração) ou trabalham com conceitos plenamente objetivos (v.g.: idade de pessoas, distância entre prédios etc.). Estes “conceitos determinados”, no entanto, representam apenas uma ínfima parte dos casos que batem às portas do Judiciário.

Muito mais comuns são conceitos legais, que possuem natureza *empírica* e *descritiva*, referindo-se a objetos que participam da realidade, isto é, que são “fundamentalmente perceptíveis” pelos sentidos, como “homem”, “animal”, “fruta”, “casa”, “óbito”, “doença”, “acidente”, “vermelho”, em que normalmente surgem poucas dúvidas a respeito das possibilidades de interpretação. O conteúdo desses conceitos pode ser fixado objetivamente com recursos à experiência comum ou a conhecimentos científicos.²⁴

Mais abertas (e complicadas) se apresentam as normas que utilizam conceitos *normativos*²⁵ e, especialmente, os *valorativos*, como “interesse público”, “utilidade pública”, “urgência”, “pobreza”, “idoneidade pessoal”, “notório saber”, “conduta ilibada”, “bons costumes”, “valor histórico ou artístico”, “estética da paisagem” ou “condições ambientais salubres”. A interpretação desses conceitos pelos órgãos administrativos e seu controle judicial é bastante problemática, como veremos adiante.

Entretanto, vale frisar, já nesse ponto, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza dife-

²³ Meirelles, Hely L. *Direito Administrativo*, 1989, p. 143s.; cf. também: Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*, 2000, p. 125s.

²⁴ Cf. Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1997, p. 25s.; Couto e Silva, Almiro do. *Poder discricionário*..., 1991, p. 232.

²⁵ Estes seriam os conceitos, que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos, mas que podem ser compreendidos somente em conexão com o mundo das normas, como roubo, menor, casamento etc. (cf. Sousa, António F. de. *Op. cit.*, p. 27).

rente do ato “discricionário”, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador *quantitativa, mas não qualitativa*.²⁶ A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei.

A qualificação de um ato administrativo como “plenamente vinculado” - ainda comum na doutrina e jurisprudência do Brasil²⁷ - parece remontar aos equívocos da Escola da Exegese, que pregava que normas legais “serviriam de prontuários repletos e não lacunosos para dar solução aos casos concretos, cabendo ao aplicador um papel subalterno de automaticamente (*sic*) aplicar os comandos prévios e exteriores de sua vontade”.²⁸ Ao mesmo tempo, a idéia de “conceitos tecnicamente precisos” constitui um legado da Jurisprudência de Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que acreditava na definição da “única solução correta do caso específico”.²⁹

Está com razão Mello³⁰ quando critica que a “simplificada linguagem vertida na fórmula ‘ato discricionário’ e ‘ato vinculado’” tem levado a “inúmeras e desnecessárias confusões” e “despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas *supostas categorias* antagônicas”. Segundo ele, dessa falta de precisão conceitual “resulta o daníssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais”. Na verdade, “vinculação e discricionariedade se entrelaçam” em vários aspectos, tema este de que trataremos adiante.

Para os (des)caminhos da doutrina brasileira nesse campo, certamente contribuiu a Lei da Ação Popular (n.º 4.717/65), que estabeleceu uma subdivi-

²⁶ Rupp, Hans H. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff”..., 1987, p. 459.

²⁷ Cretella JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo, 1998, p. 148ss.; Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo, 1995, p. 87s.; Reis, José Carlos V. dos. As normas constitucionais programáticas..., 2003, p. 197s.

²⁸ Freitas, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios, 1995, p. 325.

²⁹ Neves, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, 2001, p. 358.

³⁰ Mello, C. A. Bandeira de. Relatividade da competência discricionária, 1998, p. 50s., 55 (destaque no original); no mesmo sentido: Poltronieri, Renato. Discricionariedade dos atos administrativos..., 2002, p. 135.

são dos atos administrativos em diferentes *elementos* e os conceituou.³¹ De acordo com essa classificação, a doutrina considera elementos “sempre vinculados” a *competência* do ato (atribuição legal do órgão administrativo habilitado), a sua *forma* (revestimento exterior do ato) e a sua *finalidade* (resultado a ser alcançado com a prática do ato), enquanto o seu *motivo* e o seu *objeto* “constituem a residência natural da discricionariedade administrativa”³² e podem agasalhar o *mérito* da decisão.

Consideram-se o *motivo* (ou a causa) do ato os pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam a sua realização, podendo vir expresso em lei (ato “vinculado”) ou ser deixado ao critério do administrador (ato “discricionário”) quanto à sua existência ou valoração. O motivo *material* reside na situação jurídica subjetiva que ensejou a expedição do ato, enquanto o motivo *legal* advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo.

Como o *objeto* (ou conteúdo) do ato administrativo é tomado aquilo que o ato dispõe, enuncia, certifica (o efeito jurídico imediato), podendo ser vinculado, quando a lei estabelecer um único como possível para atingir determinado fim, ou discricionário, quando houver vários objetos, e a Administração puder escolher um deles para alcançar o mesmo fim.³³

No Brasil, a discussão sempre tem girado com mais intensidade em torno da *finalidade* do ato. Foi o Direito francês que mais influenciou a doutrina no trato do tema da discricionariedade e seu controle, tendo a teoria do “desvio do poder” (*détournement de pouvoir*) sido amplamente adotada por aqui.³⁴ Segundo ela, devem ser anulados atos com fins estranhos ao interesse público ou atos empregados para alcançar fins administrativos diversos dos previstos na

³¹ “Art. 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único - Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” (Destaque nossos.)

³² França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade..., 2000, p. 100.

³³ Cf. Meirelles, Hely L. Direito Administrativo, 1989, p. 130s.; Seabra Fagundes, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 1984, p. 21ss.

³⁴ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 95; Mancuso, Sandra R. A concreção do poder discricionário..., 1992, p. 66; Mello, C. A. Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial, 1998, p. 49-83.

lei.³⁵ Até pouco tempo atrás, a grande maioria das contribuições na literatura administrativista tem-se limitado à discussão desses aspectos.³⁶

A referida ênfase da doutrina nacional no combate ao desvio da finalidade dos atos administrativos certamente foi justificada, se consideramos os fenômenos do nepotismo, do clientelismo, da corrupção e da falta de uma clara separação entre o espaço público e o privado, problema este que, até hoje, talvez seja o maior da Administração Pública brasileira.³⁷

Esse tipo de controle, contudo, não resolve o problema da possibilidade da revisão de decisões administrativas nas diferentes áreas de intervenção do Estado moderno, onde uma boa parte da doutrina e da jurisprudência costuma alegar a impossibilidade do controle do “mérito”³⁸ do ato administrativo, que assinala o núcleo da discricionariedade, resultado de considerações extrajurídicas, de *oportunidade* ou *conveniência*, os quais seriam imunes à revisão judicial. No entanto, a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível.

A própria palavra *mérito*, oriunda da doutrina italiana, “tem recebido um tratamento fragmentário e pouco homogêneo” na doutrina brasileira e significa nada mais do que o resultado do exercício regular de discricionariedade.³⁹ É lamentável que a expressão tem servido de “palavra mágica que detém o con-

³⁵ Exemplos clássicos são a remoção de funcionário para fins de punição e a fixação de horários de linhas de ônibus, que serve de pretexto para beneficiar determinada empresa; cf. Farias, Edilsom. Técnicas de controle da discricionariedade administrativa, 1994, p. 163ss.

³⁶ V.g.: Farias, Edilsom. Op. cit.; Hentz, Antonio S. Considerações atuais sobre o controle da discricionariedade, 1993, p. 130ss.; Cademartori, Luiz Henrique U. Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito, 2001, passim. Nesse contexto, o autor mais citado é o português A. Rodrigues Queiró (Reflexões sobre a teoria do «desvio de poder» em Direito Administrativo, 1940; A teoria do desvio de poder do Direito Administrativo, Rev. de Direito Administrativo, n.º 6, p. 41ss.).

³⁷ Barroso, Luís R. Público, privado e o futuro do Estado no Brasil, 2003, p. 107; sobre o fenômeno da corrupção e os meios jurídicos para o seu combate, vide Sarmento, George. Improbidade administrativa, 2002, p. 25ss.

³⁸ A Lei n. 221, de 1894, rezava, no seu art. 13, § 9, a): “(...) A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade”; cf. Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 235s.

³⁹ Moreira Neto, Diogo de F. Legitimidade e discricionariedade, 1991, p. 31s., 34.

trole do Poder Judiciário sobre os atos da Administração”.⁴⁰ Entretanto, vale ressaltar que, hoje, no Direito positivo brasileiro, inexistente qualquer regra acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade. Em geral, pode-se afirmar que a extensão e o alcance do controle judicial da atividade administrativa constituem, até hoje, matéria pouco pacífica no Direito brasileiro.⁴¹

A referida subdivisão do ato administrativo em seus elementos, na verdade, tem contribuído pouco para uma mais acurada análise da abrangência e do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (ato vinculado x ato discricionário) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Passos afirma que este “fracionamento artificial” do ato jurídico administrativo “exerce uma função de imunização dos elementos chamados `internos` (finalidade e objeto), excluindo-os da apreciação do magistrado (...)”.⁴²

Também não convence a classificação em motivos “expressos em lei” e motivos “deixados ao critério do administrador”. Afirmações como “o motivo, quando expresso em lei, será um elemento vinculado”⁴³ ou “embora o motivo fático possa constituir elemento discricionário, o motivo legal sempre será vinculado”⁴⁴ pecam por não considerar suficientemente a relação complexa e dinâmica entre os variados tipos de pressupostos (técnicos, de experiência, valorativos, de prognose etc.) assentados nos textos legais e a sua concretização pelos intérpretes nos casos concretos.⁴⁵ Deve ficar sempre claro que o grau da vincu-

⁴⁰ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 91. C. R. de Siqueira Castro observa que “vigora no Brasil uma perigosa indisposição, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, para o controle meritório dos atos discricionários (...)”, fato que, segundo ele, “revela a idolatria do Estado no Brasil e sua função autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontrastabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum” (O devido processo legal e a razoabilidade das leis, 1989, p. 186s.).

⁴¹ França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade..., 2000, p. 122.

⁴² Passos, Lúcia Helena F. da C. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental, 2001, p. 457.

⁴³ Meirelles, Hely L. Direito Administrativo..., 1989, p. 130; Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo, 1995, p. 65s.

⁴⁴ Cf. França, Vladimir R., Invalidação judicial da discricionariedade, 2000, p. 101.

⁴⁵ Vale frisar que a Lei n.º 9.784, de 1999, que regula o processo da Administração Pública Federal, não menciona mais o motivo do ato, que, em termos rígidos, nem faz parte dele, mas representa o “suporte fático” da tomada da decisão administrativa; cf. Figueiredo, Lúcia V. Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 178s. Sobre o complexo processo de aplicação dos conceitos legais aos fatos vide Poltronieri, Renato. Discricionariedade dos atos administrativos..., 2002, p. 164ss.

lação do “motivo” depende da densidade conceitual-lingüística dos termos empregados na respectiva lei, que é altamente variável.⁴⁶

No entanto, pode-se observar também que a moderna doutrina brasileira do Direito Administrativo defende com veemência a ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade; ao contrário, a jurisprudência, até hoje, apresenta uma “atitude mais contida de auto-restrição” quanto ao controle do mérito do ato administrativo.⁴⁷

4. ORIGENS DA TEORIA ALEMÃ DOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS” E AS MUDANÇAS DOUTRINÁRIAS NESSE PAÍS SOBRE O ASSUNTO

Normalmente, os diplomas jurídicos são compostos por duas partes: a *hipótese* da norma, onde são descritos os fatos que podem ocorrer (fato-tipo),⁴⁸ e o seu *mandamento*, no qual se definem as conseqüências jurídicas que incidem caso os fatos descritos ocorram.⁴⁹

É importante ressaltar que, dentro do âmbito da discricionariedade, devemos distinguir entre a decisão do órgão administrativo, *se* ele vai agir ou não, e a decisão do órgão, *como* ele vai agir, o que envolve o poder de escolha entre várias possibilidades. A íntima interligação e as interdependências entre essas duas partes do ato administrativo serão abordadas em seguida.

No fim do século XIX, na Áustria, Bernatzik entendia que conceitos abertos como “interesse público” teriam que ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, sem a possibilidade da revisão da decisão pelos tribunais. Tezner, contrário a essa teoria, exigia um controle objetivo de *todos* os conceitos normativos - inclusive os vagos - das leis que regiam a relação entre a Administração e os cidadãos.⁵⁰

⁴⁶ Cf. Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 54.

⁴⁷ Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 53.

⁴⁸ Pontes de Miranda utiliza a expressão suporte fático, que se aproxima mais ao termo alemão Tatbestand; a conseqüência (ou o mandamento) da norma, nessa teoria, é denominado preceito.

⁴⁹ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 50.

⁵⁰ A respeito dos detalhes dessa disputa no antigo Direito Administrativo da Áustria e da Alemanha, vide Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 34-44.

Apesar da ampla aceitação dessa última tese, foram criados, em seguida, limites cada vez mais rígidos para o controle judicial das decisões administrativas, sob a alegação de que certos tipos de conceitos legais (os *de valor* e o onipresente *interesse público*) abririam espaço para a “atitude individual” da Administração e exigiriam uma acurada investigação da questão para cada caso.⁵¹ Surgiu, assim, a doutrina dos “conceitos jurídicos indeterminados”, os quais não foram mais considerados como uma expressão da discricionariedade, mas plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário mediante *interpretação*.⁵²

Especialmente após a criação da República Federal da Alemanha, o poder discricionário foi consideravelmente reduzido por parte da doutrina e da jurisprudência. A amarga experiência do regime nazista, que erradicou o controle judicial dos órgãos governamentais e administrativos do regime totalitário, contribuiu para um aumento expressivo do controle judicial em várias áreas da Administração Pública no período pós-guerra. A partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o reforço do princípio da *reserva da lei* e a garantia constitucional de uma plena proteção judicial contribuíram para que a doutrina e a jurisprudência, num primeiro momento, adotassem amplamente a linha de que o emprego de conceitos indeterminados numa hipótese legal não atribuía qualquer discricionariedade.⁵³

Fator decisivo nesse desenvolvimento na Alemanha foi também um sentimento enraizado (porém pouco refletido) de desconfiança em relação à Administração e, por outro lado, uma confiança sólida no trabalho do Judiciário, que se tornou - apesar da sua subserviência em relação ao governo nazista - depósito de esperança da sociedade na jovem República Federal da Alemanha.⁵⁴ Acreditava-se também na plena viabilidade da *decifração* das decisões administrativas pelos tribunais através dos meios modernos de hermenêutica, como a jurisprudência de interesses, a interpretação teleológica, a interpretação conforme a constituição etc.⁵⁵

⁵¹ Especialmente G. Jellinek; cf. Ehmcke, Horst. Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte, 1981, p. 177ss.

⁵² Cf. Sousa, António F. de. Op. cit., p. 45s.

⁵³ Bullinger, Martin. Verwaltungsermessen im modernen Staat, 1986, p. 139s.; Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 66.

⁵⁴ Starck, Christian. Das Verwaltungsermessen..., 1991, p. 172s.; Maus, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade - sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, 2000, p. 148ss.

⁵⁵ Rupp, Hans H. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff”..., 1987, p. 461.

No entanto, vale frisar que a teoria alemã da discricionariedade desenvolveu-se, em vários aspectos, de modo diferente relativamente a concepções jurídicas estrangeiras, encontrando-se ainda atualmente em complexo processo de transformação. Assim, na grande maioria dos países europeus,⁵⁶ não está sendo utilizada uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: a própria ordem jurídica da União Européia não os diferencia, a exemplo da França e da Grã-Bretanha.

Na própria Alemanha, essa diferenciação se tornou dominante na doutrina somente nos anos 50 do século XX; antes, falava-se da discricionariedade *cognitiva* e da discricionariedade *volitiva*.⁵⁷ Vale ressaltar, portanto, que aquilo que em outros sistemas teria sido considerado como discricionariedade, na Alemanha passou a ser visto como hipótese de interpretação legal, passível de controle pelo Judiciário.⁵⁸

A teoria do controle abrangente dos conceitos indeterminados empregados nas leis administrativas veio atribuindo aos tribunais alemães um extenso poder de substituição das valorações efetuadas pela Administração. Assim, até o fim dos anos 70 do século passado, existiu nas áreas do Direito das Construções, de Polícia, Econômico e Ambiental (v.g. poluição do ar e da água, reatores nucleares, proteção da paisagem) um controle judicial *quase total* dos conceitos legais indeterminados. Os apelos de integrantes da doutrina direcionados ao Poder Judiciário para o exercício de uma maior auto-restrição lograram ter pouco efeito.⁵⁹

Desde então, contudo, houve uma mudança na doutrina administrativista deste país, que começou a criticar a propriedade teórico-normativa e efetivo-funcional desse controle judicial abrangente. Nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade;⁶⁰ hoje, eles representam talvez a maioria. Por isso, é equivocada a afirmação de vários autores brasileiros de que a posição, que distingue rigidamente entre conceitos

⁵⁶ Starck, Christian. Op. cit., p. 168.

⁵⁷ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 208.

⁵⁸ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 73.

⁵⁹ Sendler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 337s.

⁶⁰ Starck, Christian. Das Verwaltungsermessen..., 1991, p. 168.

indeterminados e discricionariedade, refletiria a linha da “moderna” doutrina alemã.

Continua válida a aguda crítica de Ehmcke, de que o problema da discricionariedade não está limitado às chamadas “normas de *poder*” (que deixam expressamente uma margem de escolha) ou a “conceitos indeterminados”. As primeiras (do tipo: “o órgão *pode* tomar medidas...”) são capazes de atribuir ao órgão administrativo uma liberdade de escolha muito menor do que certos conceitos indeterminados. E há até conceitos que, à primeira vista, aparentam ser determinados, porém podem, perante casos complexos, abrir ao administrador uma liberdade expressiva de atuação.⁶¹

Parece equivocada também a distinção rígida no tratamento do controle dos conceitos jurídicos indeterminados - que exigem *interpretação*, sendo o seu pleno controle judicial a regra - e, por outro lado, dos atos discricionários como decisões baseadas na conveniência e oportunidade, sindicáveis somente em casos de graves erros de avaliação ou arbitrariedade. Muitas vezes, a questão não passa de uma contingência na formulação do próprio texto legal.⁶²

Assim, uma lei com o teor “caso existir um perigo para a saúde pública, o órgão competente *pode* determinar medidas de vacinação” concede ampla discricionariedade à Administração no lado da *conseqüência* da norma, no “*como agir*”. No entanto, a lei poderia, sem nenhuma alteração material de conteúdo, apresentar também o seguinte teor: “Caso existir um perigo para a saúde pública e medidas de vacinação parecerem necessárias, o órgão competente *deve* determinar obrigações de vacinação”.⁶³ Neste caso, a “liberdade” discricionária (pouco sindicável) do órgão administrativo na parte da conseqüência legal (o *como agir*) foi transferida para a área da hipótese (fato-tipo) da atuação (o *se agir*),⁶⁴ e, portanto, para um conceito jurídico indeterminado, que, por sua vez, seria plenamente sindicável pelos tribunais, segundo o entendimento exposto.

⁶¹ Cf. Ehmcke, Horst. Beiträge zur Verfassungstheorie, 1981, p. 202.

⁶² Starck, Christian. Das Verwaltungsermessen..., 1991, p. 168s.; Herdegen, Matthias. Beurteilungsspielraum und Ermessen..., 1991, p. 749.

⁶³ Starck, Christian. Op. cit. Do mesmo jeito, o teor legal “O órgão policial pode tomar as medidas necessárias para combater um perigo para a segurança pública” pode ser alterado para “Onde existir um perigo para a segurança pública e medidas para o seu combate forem necessárias, as mesmas devem ser tomadas pelo órgão policial”.

⁶⁴ Engisch, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, 1983, p. 226s.

Nessa linha, um número crescente de integrantes da doutrina alemã moderna considera possível a existência desses espaços livres e até de discricionariedade no lado da *hipótese* da norma.⁶⁵ E é importante lembrar também que outras normas legais prevêm um “acoplamento” (*Kopplung*) de conceitos indeterminados com o exercício de discricionariedade, sendo que a decisão sobre a consequência já é tomada na concretização valorativa da hipótese, o que transforma o ato de subsunção objeto de uma decisão discricionária *única*.⁶⁶

Vale lembrar também que uma rigorosa separação entre a hipótese e o mandamento da norma “revela uma visão positivista e excessivamente mecanicista do processo de aplicação da norma aos fatos, como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato”.⁶⁷ Assim, é cada vez maior o número de autores alemães que entendem que o legislador *habilita* (explícita ou implicitamente) a Administração para *completar* ou aperfeiçoar, no ato de aplicação, uma hipótese normativa incompleta ou concretizar uma norma aberta.⁶⁸

5. A RECEPÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA

Como vimos, os conceitos indeterminados, como bem comum, mulher honesta, boa-fé, probidade, propriedade, crédito ou pudor possibilitam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa. Esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes nas leis estatais e fundamentos de decisões jurídicas, segundo Adeodato, “são opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo que preenche os inevitáveis pontos escuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal (...).”⁶⁹

⁶⁵ Herdegen, Matthias. Op. cit., p. 749.

⁶⁶ Como no caso da autorização legal para o fisco de isentar o contribuinte do pagamento de determinado imposto sob a condição de que a sua cobrança, no caso concreto, seria iníqua.

⁶⁷ Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 230.

⁶⁸ Herdegen, Matthias. Beurteilungsspielraum und Ermessen..., 1991, p. 749.

⁶⁹ Adeodato, João M. Ética e retórica, 2002, p. 280.

Segundo a famosa “teoria dos degraus” (*Stufenlehre*), de Kelsen e Merkl, todo o sistema jurídico é composto por uma pirâmide de normas gerais (constituição, leis, decretos, estatutos) e individuais (decisão judicial e ato administrativo), as quais possuem - ao lado dos determinantes previamente formulados nas normas superiores - conteúdos autônomos, não previamente fixados, e por isso representam, no sentido estrito, atos de *criação* jurídica, através de uma atividade *volitiva*.⁷⁰

Essa teoria já reconhecia que toda concretização de normas jurídicas gerais e abstratas no caso específico não constitui uma “operação matemática” e que a regra individual não está prefixada plenamente pela lei. A determinação ou indeterminação de uma norma jurídica geral não é considerada um critério qualitativo (principiológico), mas meramente *quantitativo* (gradual), e o Direito representa um processo dinâmico de produção jurídica em vários níveis, cujo degrau mais baixo é chamado de discricionariedade (*Ermessen*). Nessa visão, não existe diferença entre a aplicação da lei e a discricionariedade.⁷¹

É interessante observar que há doutrinadores que não querem fazer qualquer distinção entre exercício de discricionariedade e interpretação de conceitos legais indeterminados, enquanto outros insistem em ressaltar a diferença.⁷² No entanto, parece extremamente difícil - e provavelmente impossível - fixar critérios para definir-se onde termina o trabalho de interpretação e começa a discricionariedade.⁷³

Ao contrário da referida doutrina germânica, a maioria dos autores brasileiros aceita que a discricionariedade pode estar localizada na hipótese *ou* no mandamento da norma, visão que tem respaldo na referida teoria dos diferentes elementos do ato administrativo, que entende que o *motivo* bem como o *objeto* podem conter juízos discricionários.⁷⁴ Todavia, há também um número crescente de doutrinadores nacionais⁷⁵ que rejeita a idéia de que a discricionariedade

⁷⁰ Kelsen, Hans. Teoria pura do Direito, 1984, p. 469s.

⁷¹ Rupp, Hans H. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff”..., 1987, p. 459.

⁷² V.g.: Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 21 (rod. n.º 8, c).

⁷³ Cf. Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 83s.

⁷⁴ Assim, v.g.: Mello, C. A. Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial, 1998, p. 19s., 86ss.; Di Pietro, M. Sylvia Z. Op. cit., p. 54; Poltronieri, Renato. Discricionariedade dos atos administrativos..., 2002, p. 133s.; Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 42, 72s.

⁷⁵ Grau, Eros R. Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 310ss.; Figueiredo, Lúcia V. Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 196, 212; Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 232s.; França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade, 2000, p. 100ss., 110; Reis, José C. V. dos. As normas constitucionais programáticas..., 2003, p. 205.

administrativa possa estar localizada nas expressões vagas e fluidas dos termos indeterminados legais, enfatizando que estes devem ser preenchidos através de um ato de interpretação *intelectiva* ou *cognitiva*.⁷⁶

Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos⁷⁷ jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de *abertura* das normas jurídicas, carecedoras de complementação.⁷⁸ Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.⁷⁹ A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do *tipo* de conceito utilizado pelo texto legal,⁸⁰ o que veremos adiante.

Visto por este ângulo, pode-se afirmar que a discricionariedade tem a natureza de uma “técnica ordinária”, uma solução normal face à impossibilidade de tudo se prever na letra da norma, e que ela constitui menos um *poder* específico da Administração do que um tipo de *competência*, o que “facilita a absorção da idéia que ela pode ser controlada judicialmente quanto a seus limites”.⁸¹

A pergunta é, justamente, até que ponto a teoria da distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade - que, como vimos, encontra cada vez menos seguidores na própria doutrina alemã,⁸² que procura adequar-se à

⁷⁶ A maioria com referência expressa às lições do espanhol E. García de Enterría, que, por sua vez, foi fortemente influenciado pela doutrina germânica mais antiga; vide sua obra mais recente *Democracia, jueces y control de la administración*, 1998, p. 243ss.

⁷⁷ Merece registro que, para Eros R. Grau, conceitos (= idéias universais) não podem ser “indeterminados”, mas somente as suas expressões, os termos; esta afirmação foi criticado por Celso A. Bandeira de Mello; cf. Grau, Eros R. *O direito posto e o direito pressuposto*, 2003, p. 196ss. Essa questão, entretanto, é pouco importante para os objetivos deste trabalho. Como já vimos, ambos os juristas defendem posições bastante avançadas em relação à discricionariedade administrativa e seu controle judicial, as quais, infelizmente, ainda não foram recepcionadas plenamente por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais.

⁷⁸ Moraes, Germana de O. *Op. cit.*, p. 71s.; a autora segue, em grande parte, as lições do português J. M. Sêrvulo Correia (*Noções de Direito Administrativo*, 1982).

⁷⁹ Mancuso, Sandra R. *A concreção do poder discricionário...*, 1992, p. 70.

⁸⁰ Costa, Regina H. *Conceitos jurídicos indeterminados...*, 1989, p. 52; vide também: Moresco, Celso L. *Conceitos jurídicos indeterminados...*, 1996, p. 87ss.

⁸¹ Moreira Neto, Diogo de F. *Legitimidade e discricionariedade*, 1991, p. 25s., 33.

⁸² Sánchez Morón critica que essa teoria germânica, que já está em pleno declive no seu país de origem, continua tendo plena aceitação na doutrina e jurisprudência da Espanha (*El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, 1991, p. 123).

nova Ordem Jurídica Européia - pode levar a avanços no trato da questão no Brasil, onde os referidos autores há algum tempo defendem a sua adoção. Parece que, por aqui, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode bem servir como instrumento para a melhoria da sistematização do controle da discricionariedade administrativa e até para a sua redução, como tem acontecido na Espanha.⁸³

Ao mesmo tempo, é de lembrar que a jurisprudência brasileira já tem utilizado diferentes critérios para o controle de conceitos jurídicos indeterminados, com consideráveis variações na linha de argumentação e na profundidade do controle.⁸⁴ No entanto, a tendência sempre tem sido a vedação da sindicância judicial desses conceitos.

Uma interessante exceção existe no âmbito do tombamento, onde o Supremo Tribunal Federal,⁸⁵ já nos anos 40 do século passado, atribuiu ao Judiciário o pleno controle do mérito da decisão sobre o *valor histórico ou artístico* de bens e objetos. Essa decisão, que foi amplamente recepcionada pela doutrina,⁸⁶ na verdade, antecipou a linha adotada no Brasil com a edição da Lei da Ação Civil Pública, como veremos adiante. Infelizmente, o seu raciocínio da sua fundante foi pouco estendido para outras áreas do Direito Administrativo.

Assim, a referida distinção dogmática certamente é válida para mostrar que muitos atos discricionários da Administração brasileira permitem e merecem um maior controle por parte dos tribunais, especialmente as decisões que estão baseadas na interpretação de conceitos normativo-objetivos e de experiência. De qualquer forma, a sindicância deve abranger não somente os atos assinalados pela doutrina mais antiga de “vinculados”, que representam só uma pequena minoria. A diferenciação pode levar também a uma redução conceitual da nebulosa expressão do *mérito* do ato administrativo e sujeitar ao controle judicial

⁸³ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 43.

⁸⁴ Leonel Ohlweiler (Direito Administrativo em perspectiva, 2000, p. 40ss.) mostra que esse controle judicial deu-se sob os aspectos da finalidade legal e da razoabilidade, em relação a conceitos como “prática forense” (concurso público), “necessidade de serviço” (deslocamento de funcionário) ou “boa saúde” (nomeação de funcionário), além da “utilidade pública” (desapropriação). A respeito deste último, vale mencionar que, segundo o Decreto-Lei n.º 3.365/41, art. 9º, é vedado ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

⁸⁵ STF - AC 7.377-DF - 1. Turma - rel. Min. Castro Nunes, j. 19.8.1943;

⁸⁶ Cf. Mukai, Toshio. Direito Urbano-Ambiental brasileiro, 2002, p. 160s.

uma boa parte dos casos, que antes se considerava estarem motivados por razões de conveniência e oportunidade.⁸⁷

6. CONCESSÃO DE “ESPAÇOS DE LIVRE APRECIÇÃO” À ADMINISTRAÇÃO

Como vimos, uma importante parte da doutrina germânica atual já não aceita mais uma diferença substancial entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados. Em vez disso, começou-se a falar de novo - o que já era comum antes de 1949 - da discricionariedade de decisão (*Entscheidungsermessen*) e da discricionariedade de atuação (*Handlungsermessen*).⁸⁸ Cada vez mais autores⁸⁹ destacam as “íntimas afinidades estruturais” (com diferenças apenas quantitativas, não qualitativas) ou um “parentesco estrutural” entre a discricionariedade *stricto sensu* (no lado da consequência da norma) e os outros tipos de liberdade de decisão administrativa, especialmente o chamado “espaço de livre apreciação” (*Beurteilungsspielraum*), existente em alguns conceitos jurídicos indeterminados, que será apresentado em seguida.

Ao mesmo tempo que a doutrina alemã mais antiga começou, há mais ou menos 50 anos, a expulsar a discricionariedade da hipótese da norma e a defender o controle judicial integral dos conceitos jurídicos indeterminados, ela admitiu, por outro lado, “espaços de livre apreciação” da Administração em relação a certos conceitos de *valor* e de *prognose*, que exigiam avaliações e ponderações mais complexas, para evitar uma indevida substituição de decisões do Executivo pelos tribunais. Segundo essa linha, nos casos altamente duvidosos, a “prerrogativa de avaliação” (*Einschätzungsprärogative*)⁹⁰ cabe aos órgãos administrativos, que estão mais perto dos problemas e melhor aparelhados, não devendo haver uma revisão abrangente do Judiciário.⁹¹

⁸⁷ Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 237.

⁸⁸ Maurer, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo, 2001, p. 56.

⁸⁹ V.g.: C. Starck, H. Sendler, H. Dreier, M. Herdegen, E. Schmidt-Aßmann, W. Brohm, I. Richter, G. F. Schuppert; cf. Bacigalupo, M. La discrecionalidad, 1997, p. 31, 173.

⁹⁰ A expressão é de Bachof, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, 1955, p.97ss.

⁹¹ Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 232.

Pressionado por setores da Administração Pública, especialmente dos municípios, que se sentiram indevidamente tutelados na sua atuação funcional, o Tribunal Federal Administrativo alemão,⁹² no fim dos anos 70 do século passado começou a reduzir, de forma cautelosa, a densidade de controle de suas decisões, reforçando a responsabilidade dos órgãos administrativos em detrimento de uma plena sindicância judicial.⁹³ Essa limitação do controle jurisdicional foi levada a cabo em casos que envolveram um alto grau de necessidade de interpretação valorativa, como avaliações pessoais de funcionários, situações de exame e concurso, decisões de prognose na área econômica e técnica, atos de planejamento e a avaliação de riscos complexos.⁹⁴ Alguns autores consideraram essa abertura eivada de inconstitucionalidade, por violar a garantia da plena justiciabilidade dos atos públicos.⁹⁵

Vale lembrar, no entanto, que o espaço de livre apreciação não é característica de *todos* os conceitos legais indeterminados. Essa “responsabilidade final” (*Letztverantwortlichkeit*) para decidir dificilmente é determinada pelo próprio legislador; na maioria dos casos, ela só pode ser obtida mediante interpretação da lei, a partir de uma análise da estrutura e do conteúdo do processo de decisão.⁹⁶ O referido espaço de livre apreciação cresce na medida em que o procedimento administrativo já prevê a participação dos indivíduos ou grupos interessados, e as decisões são tomadas por órgãos colegiados independentes, compostos paritariamente e dotados de alta especialização técnica.

Ao mesmo tempo, deve ser ressaltado que, desde o fim dos anos 80 do século passado, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), baseado na garantia do pleno controle judicial dos atos públicos, tem reduzido a abertura de espaços de livre apreciação dos órgãos administrativos, exigindo um reconhecimento expresso ou concludente do legislador, es-

⁹² O Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) é a última instância da “jurisdição administrativa” que, na Alemanha, representa um ramo específico do Poder Judiciário. A primeira instância possui câmaras (Kammern), compostas por três juízes de carreira e dois honoríficos; as primeiras duas instâncias são mantidas pelos estados federados, a última pela União, para manter a unidade material da jurisdição.

⁹³ Schulze-Fielitz, Helmuth. *Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrollsdichte...*, 1993, p. 773.

⁹⁴ Bullinger, Martin. *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986, p. 141.

⁹⁵ Art. 19, IV, da Lei Fundamental Alemã; cf. Kopp, Ferdinand O. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1986, p. 650s., 657ss. (§ 40, R. 32ss.).

⁹⁶ Redeker, Konrad. *Verfassungsrechtliche Vorgaben...*, 1992, p. 307.

pecialmente nas áreas da proibição de publicações nocivas para a juventude e da realização de provas e exames, por afetarem âmbitos altamente sensíveis para os direitos individuais.⁹⁷ Segundo a Corte, a limitação do controle judicial dos atos administrativos perde justificativa na medida em que aumenta a intensidade da afetação de direitos fundamentais.⁹⁸

Em geral, o raciocínio para determinar se a Administração goza (ou não) de uma margem de livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado deveria, em cada caso, se orientar pela questão da *competência técnica* da Administração e da possível *compensação procedimental* da programação normativa deficiente,⁹⁹ tema que trataremos mais adiante. Deve-se levar em conta também que essas situações normalmente envolvem avaliações e valorações, para que a Administração possui maior experiência ou competência, ou pressuõem decisões irrepetíveis ou insubstituíveis.

No fundo, a doutrina alemã da margem de livre apreciação trouxe de volta a discricionariedade para o âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, de onde ela tinha sido banida. Essa teoria teve sua recepção também no Brasil.

Para Grau, na interpretação de textos normativos que veiculem preceitos indeterminados, não existe apenas *uma* interpretação verdadeira, devendo o Judiciário se limitar a verificar se o ato administrativo é “correto”, isto é, se foram cumpridas as regras procedimentais, se os fatos foram levantados de forma suficiente e correta, se a lei foi interpretada de acordo com os princípios de avaliação “universalmente vigentes” e se a decisão não foi influenciada por considerações pouco objetivas.¹⁰⁰

⁹⁷ BVerfGE n. 83, p. 130ss.; n. 84, p. 34ss.; n. 85, p. 36ss.; n. 88, p. 40ss.; NJW 1994, p. 1781ss. A decisão da Corte determinou o pleno controle judicial de controvérsias científico-técnicas entre examinandos e examinadores e julgou que estes não podem qualificar como errônea uma resposta sustentável ou fundamentada coerentemente com argumentos de peso, devendo os tribunais consultar peritos sobre a questão.

⁹⁸ Pieroth, B.; Kremm, p. Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, 1995, p. 780ss.

⁹⁹ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 219s.; Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 148ss.

¹⁰⁰ Segundo Eros Grau (Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 331), o juiz teria de apurar: a) se o ato se insere no quadro (na moldura) do Direito; b) se o discurso que o justifica se processa de maneira racional; e c) se ele atende ao código dos valores dominantes. No entanto, essa solução genérica não leva em consideração os diferentes graus de densidade do controle judicial, de acordo com o tipo de conceito indeterminado empregado (v.g.: juízos de valor, avaliações pessoais, provas e exames, prognose, planejamento etc.); vide também: Schulze-Fielitz, Helmuth. Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte..., 1993, p. 774ss.

Essa visão aproxima-se à de García de Enterría, para quem atos que envolvem juízos valorativos técnicos (v.g.: *significativo impacto ambiental*) ou políticos (v.g.: *utilidade pública*) proporcionariam à apreciação da Administração uma “certa presunção em favor de seu juízo” dentro da zona de incerteza do conceito indeterminado.¹⁰¹ É evidente que o autor espanhol, por sua vez, foi inspirado na “teoria da sustentabilidade” (*Vertretbarkeitslehre*),¹⁰² segundo a qual o controle judicial, nesses casos, se limita à verificação se a interpretação do conceito jurídico indeterminado pelo órgão administrativo pode ser sustentada e defendida com argumentos racionais.

Vale ressaltar, nesse ponto, que a idéia de um controle judicial funcionalmente limitado também não colide, necessariamente, com a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional do art. 5º, inciso XXXV, da Carta brasileira de 1988.¹⁰³ Como já foi exposto, no Estado moderno seria inviável imaginar uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma Administração *autônoma*.¹⁰⁴ No entanto, o exercício dessa liberdade está intimamente adstrito ao dever de *motivação* dos atos administrativos.

7. A QUESTÃO HERMENÊUTICA: ASPECTOS “COGNITIVOS” E “VOLITIVOS” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

É paradigmática a frase de Sainz Moreno: “não existe Direito sem linguagem, da mesma maneira que não existe pensamento fora da linguagem”.¹⁰⁵ Partindo dessa premissa, muitos autores entendem a densidade normativa dos conceitos legais indeterminados como fenômeno lingüístico: no ato de interpretação sempre haveria áreas *claras* (“zona de certeza positiva”) onde os fatos se en-

¹⁰¹ García de Enterría, E. Democracia, jueces y control..., 1998, p. 137, 244s.

¹⁰² De Carl Heinrich Ule; cf. Sandler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 337; Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 168s.

¹⁰³ Art. 5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁰⁴ Nesse contexto, Germana Moraes (op. cit., p. 103s.) alerta que “a admissão de redutos incontroláveis reciprocamente, de certa forma, entra em choque com a expectativa predominante no Brasil, segundo a qual a atuação de qualquer um dos Poderes será revista, de forma plena, por um deles, nos termos previstos na Constituição”.

¹⁰⁵ Sainz Moreno, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, 1976, p. 97. A afirmação é expressão do “linguistic turn” da filosofia do Século XX.

quadram, de maneira evidente, na expressão do tipo legal, e áreas *escuras*, onde o aplicador da lei verifica, sem maiores dificuldades, que os fatos *não* podem ser enquadrados na hipótese da norma (“zona de certeza negativa”).¹⁰⁶ Aqui, os conceitos legais podem ser considerados “determinados”, e sua aplicação correta pela Administração deve ser plenamente controlada pelos tribunais.

Ao mesmo tempo, existem áreas *cinzentas* (“zonas de incerteza”), dentro das quais pode haver diferentes opiniões sobre a questão se a hipótese da norma foi preenchida pelos fatos do caso concreto. Nessas “zonas de penumbra”, contudo, em que remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se os fatos se ajustam à hipótese legal abstrata, somente se admite um controle judicial *parcial*.¹⁰⁷

Na terminologia da filosofia analítica da linguagem, fala-se dos três “candidatos” dos conceitos jurídicos indeterminados: os *positivos*, os *negativos* e os *candidatos neutros*, sendo estes últimos situados na referida zona de vaguidade.

A aplicabilidade (ou não) do conceito legal a seus candidatos neutros não pode ser deduzida mediante um juízo silogístico “certo”. A sua incidência não é *cognoscível* para o aplicador através de uma operação lógico-dedutiva, sendo a vaguidade justamente a antítese da cognoscibilidade. Conseqüentemente, é o próprio intérprete do conceito que deve *determinar* a sua aplicabilidade na sua zona de incerteza, através do exercício de sua vontade.¹⁰⁸ Num “vazio semântico”, é impossível uma interpretação meramente cognitiva; o que ocorre é uma integração ou “complementação” da hipótese incompleta da norma (*Tatbestandsergänzung*).¹⁰⁹

Na verdade, deve ser considerada ultrapassada a teoria segundo a qual a interpretação de normas jurídicas se opera através de um processo exclusivamente “intelectivo” e que somente pode haver *uma* solução correta, plenamente controlável pelos tribunais, como tem pregado a mais antiga doutrina germânica

¹⁰⁶ Na clássica lição de Philipp Heck, os conceitos possuem um “núcleo” (Begriffskern) e um “halo” (Begriffshof); cf. Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 58s.

¹⁰⁷ Moraes, Germana de O. Op. cit., p. 164.

¹⁰⁸ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 199s.

¹⁰⁹ Koch, Hans-Joachim. Unbestimmte Rechtsbegriffe..., 1979, p. 38s.; vide também: Engisch, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, 1983, p. 207.

administrativista.¹¹⁰ Na zona de incerteza de muitos conceitos, a cognição não parece ser apenas difícil, mas simplesmente *impossível*. Häberle criticou, já em 1970, a concepção demasiadamente estreita de interpretação e a idéia da possibilidade de apenas uma solução correta, que reinavam na doutrina e na jurisprudência da Alemanha sobre o controle dos conceitos indeterminados nas leis administrativas.¹¹¹

Em relação a qualquer termo legal que apresenta uma incerteza conceitual, a interpretação cognoscitiva combina-se, necessariamente, com um ato *volitivo* do aplicador do texto jurídico, através do qual ele “cria Direito” para um caso concreto ou aplica uma sanção.¹¹² Segundo Alexy, uma afirmativa normativa é “correta”, se ela pode ser o resultado de um procedimento específico, que é o *discurso racional*.¹¹³ Enfim, torna-se evidente que as decisões jurídicas não são obtidas pura e simplesmente dos conceitos legais, através do silogismo lógico formal,¹¹⁴ o qual, segundo a abordagem *retórica*, “*não é um método de decisão mas sim um estilo de apresentação da decisão judicial*”.¹¹⁵

Destarte, acontece que, na sindicância da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador, o juiz não deve controlar se o resultado dessa operação foi “o correto”, mas se o mesmo foi motivado e justificado, tornando-se “sustentável”. Ao mesmo tempo, os tribunais carecem, quase sempre, de parâmetros de controle suficientes que lhes permitam exercê-la em “estrictos termos jurídicos” quando a atuação administrativa se move na *zona de penumbra* de um conceito jurídico indeterminado.¹¹⁶

¹¹⁰ Cf. Bacigalupo, Mariano. Op. cit., p. 139, 189s., 195s. Essa teoria foi introduzida por García de Enterría na Espanha, onde se tornou dominante. No Brasil, esta linha doutrinária - apesar de caduca no país de sua origem - até hoje vem ganhando espaço: cf. Ferrari, Regina M. M. N. Normas constitucionais programáticas, 2000, p. 209ss.; Figueiredo, Lúcia V. Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 198ss.

¹¹¹ Häberle, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 595.

¹¹² Kelsen, Hans. Teoria pura do Direito, 1984, p. 469s.; cf. também Neves, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, 2001, p. 359.

¹¹³ Alexy, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, p. 81, 95.

¹¹⁴ Stamford, Artur. Decisão judicial, 2001, p. 50.

¹¹⁵ Sobota, Katharina. Não mencione a norma!, 1995, p. 257.

¹¹⁶ Andando na mesma linha, Eros Grau critica a confusão que prevalece entre vários autores da doutrina brasileira sobre o assunto (cf. Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 318).

É interessante ressaltar, nesse ponto, que a doutrina dominante e a jurisprudência da Alemanha, que aceitam - como vimos - certos espaços de livre apreciação da Administração, querem limitar essa liberdade para o ato de *subsunção* dos fatos concretos sob o texto legal, mas ainda recusam a idéia de que ela possa existir em relação ao próprio ato de *interpretação* da norma.¹¹⁷

Na prática, essa diferenciação entre subsunção e interpretação se apresenta complicada. O conteúdo pouco definido dos conceitos indeterminados faz com que a sua concretização somente aconteça mediante aplicação ou não-aplicação no caso individual. No decorrer do tempo, eles ganham nitidez através de um “material de amostra” (*Anschauungsmaterial*) formado por estes casos já decididos pelo administrador. Assim, a interpretação está sendo “alimentada” pela própria subsunção (anterior) e, muitas vezes, verifica-se ser um problema de interpretação o que no início parecia ser uma questão de subsunção. Nesse contexto, torna-se evidente que todo ato de interpretação jurídica possui características construtivas e criativas, não havendo somente uma subsunção lógica mecânica.¹¹⁸

Já Larenz mostrou que é extremamente problemático qualificar - no âmbito do clássico silogismo jurídico - a formação da premissa menor somente como *subsunção*, visto que “com isso, se oblitera a participação decisiva do acto de julgar”.¹¹⁹ Por isso, pode-se afirmar que a aplicação e a interpretação da lei se superpõem e, na verdade, acontecem em uma só operação.¹²⁰ Quem concede à Administração um espaço livre de apreciação somente na parte da subsunção dos fatos, mas o nega no âmbito da interpretação da própria norma, separa coisas que em sua estrutura formam uma unidade e acaba limitando cada vez mais o espaço livre que se pretende atribuir na área da subsunção.¹²¹

¹¹⁷ Bachof, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen... 1955, p. 102; cf. Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 48.

¹¹⁸ Cf. Sendler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 343.

¹¹⁹ Larenz, K. Metodologia da ciência do Direito, 1997, p. 384s.: “A premissa menor do silogismo de subsunção é o anunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenómeno da vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse anunciado, tem que ser antes julgada a situação de facto enunciada, quer dizer, o fenómeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas. É neste processo de julgamento (...) que reside, na verdade, o ponto fulcral da aplicação da lei. (...)”

¹²⁰ Grau, Eros R. Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 323 e O direito posto e o direito pressuposto, 2003, p. 208.

¹²¹ Cf. Sendler, Horst. Op. cit., p. 343s.

Kaufmann mostra a impossibilidade de uma pessoa “conhecer”, na vida real, um suporte fático “através dele mesmo”, sendo o ato cognitivo sempre norteado por aspectos normativos. Os “fatos brutos” passam, necessariamente, por uma “qualificação normativa”, mediante a qual eles se tornam fato-tipo jurídico. As imprescindíveis premissas para a subsunção são criadas dentro de uma “correspondência recíproca” (*wechselseitige Entsprechung*): a norma jurídica concreta é elaborada com vista aos fatos e os fatos são construídos com vista à norma.¹²²

No Brasil, ganha espaço também uma linha hermenêutica progressiva, que declara ultrapassada a teoria objetivo-idealista dominante, que sempre alegou ser possível a reprodução do “sentido originário” da norma e a interpretação ser o reconhecimento e a reconstrução do significado que o seu autor foi capaz de incorporar.¹²³ Em vez disso, afirma-se que o intérprete, na verdade, descobre menos o “verdadeiro sentido” da lei, a pretensa “vontade do legislador” (subjativa) ou a “vontade da lei” (objetiva), mas ele mesmo, através de um ato de vontade, cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político.¹²⁴ Assim, os métodos de interpretação jurídica funcionariam mais como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar, motivado, muitas vezes, por “um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável (...)”¹²⁵

De qualquer forma, pode-se alegar que a fixação da pretensa “única solução justa”,¹²⁶ a partir de um certo ponto, deixa de ser um problema de cognição (*Erkenntnis*), tornando-se uma decisão (*Entscheidung*); somente em seguida ela vai ser fundamentada racionalmente. Os intérpretes envolvidos, porém, sabem que, no fundo, também podia ter sido tomada uma outra decisão, na base de outras razões, que não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas.¹²⁷ Sendo as palavras da lei constituídas de vaguidades, ambigüidades,

¹²² Cf. Kaufmann, Arthur. *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, 1985, p. 116.

¹²³ Streck, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2000, p. 82s., 95 (com várias referências); no mesmo sentido: Ohlweiler, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva*, 2000, p. 71ss. passim.

¹²⁴ Ramalho Neto, Agostinho apud Streck, Lenio. *Op. cit.*, p. 80.

¹²⁵ Adeodato, João M. *Ética e retórica*, 2002, p. 278; Stamford, Artur. *Decisão judicial*, 2001, p. 116.

¹²⁶ Nicolão Dino de C. e Costa Neto deixa claro, que, justamente no âmbito da aplicação do Direito Ambiental, “através das diversas vias abertas pela interpretação, mais de uma resposta ‘justa’ e ‘correta’ pode ser alcançada” (*Proteção jurídica do meio ambiente*, 2003, p. 107).

¹²⁷ Redeker, Konrad. *Vorgaben zur Kontrollidichte...*, 1992, p. 306.

enfim, de incertezas significativas e plurívocas, “não há possibilidade de buscar/ recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico”.¹²⁸ Entendido assim, o hermeneuta não revela, de maneira “desinteressada” e neutra, uma verdade, mas ele *cria essa verdade* no caso concreto.

8. A VISÃO “JURÍDICO-FUNCIONAL” DA DENSIDADE ADEQUADA DE SINDICÂNCIA JUDICIAL

Na discussão da doutrina alemã sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários, está ganhando espaço o “enfoque jurídico-funcional” (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*). Ele parte da premissa de que o clássico princípio da separação dos Poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de *divisão de funções*, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito. Visto por essa perspectiva, as figuras do conceito jurídico indeterminado, da margem de livre apreciação e da discricionariedade são nada mais do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos tribunais.¹²⁹

Reconhecendo que, no Brasil, as funções do Estado são separadas em órgãos *independentes e harmônicos* (art. 2º, CF), o problema específico dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo deve ser compreendido na base dessa divisão funcional. Ao mesmo tempo, a Administração está claramente sujeita ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37 *caput*, CF), sendo a questão justamente definir a quem a ordem jurídica atribui a interpretação e concretização desses conceitos e a decisão final sobre sua correta aplicação ao caso concreto: ao administrador, ao juiz ou se há uma distribuição dessa tarefa entre os dois Poderes. Essa pergunta pela “densidade de controle” (*Kontrolldichte*) surge de forma idêntica no âmbito da discricionariedade administrativa *stricto sensu*, localizada no mandamento da norma.¹³⁰

¹²⁸ Lenio Streck (Hermenêutica jurídica e(m) crise, 2000, p. 219, 239, 242) defende a superação da distinção rígida entre o sujeito, o objeto e a linguagem, a qual o sujeito empregaria para descrever o objeto. “Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por ‘esta terceira coisa’ que é a linguagem; na verdade, ele está desde sempre jogado na lingüisticidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc.)” (Destques no original.)

¹²⁹ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 62, 142s.

¹³⁰ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 208.

Nessa linha, exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades “funcionalmente adequada” entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas. Para Herzog, o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma “qualidade material pelo menos igual” à da decisão administrativa que se pretende corrigir.¹³¹

É importante lembrar que, em países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos legais indeterminados, sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade *substitutiva* da Administração, cujas atribuições e tarefas - como vimos - não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei.¹³² Há conceitos jurídicos indeterminados que, por sua alta complexidade e pela dinâmica específica da matéria regulamentada, são tão vagos e a sua concretização na reconstrução da decisão administrativa é tão difícil, que o seu controle chega aos “limites funcionais do Judiciário”.¹³³

Na Alemanha, já são muitos os autores que consideram exagerada a intensidade do controle judicial de muitas categorias de atos administrativos. Nessa senda, fala-se de indícios de uma *indevida tutela* da Administração pelos tribunais, que “querem saber tudo melhor”, tornando o Direito “não mais, mas menos seguro”.¹³⁴ Uma das razões para esta crítica é o fato de que as leis ambientais alemãs costumam utilizar conceitos indeterminados, que se referem ao nível atual da ciência e da tecnologia; o emprego desses termos transfere para uma avaliação técnico-científica a decisão sobre a aprovação dos empreendimentos.

Nesses e em muitos outros casos, existe uma maior e melhor preparação técnica do órgão administrativo competente para realizar juízos prospectivos de caráter técnico complexo. Especialmente na área da proteção do meio ambien-

¹³¹ Herzog, Roman. *Verfassungs- und Verwaltungsgerichte...*, 1992, p. 2603; o autor já exerceu os cargos de ministro da Corte Constitucional e do Presidente da República Federal da Alemanha.

¹³² Bacigalupo, Mariano. *Op. cit.*, 1997, p. 142; Moraes, Germana de O. *Controle jurisdicional...*, 1999, p. 156s.

¹³³ BVerfGE 84, p. 34ss., 50 (decisão de 1991).

¹³⁴ Cf. Sandler, Horst. *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, 1987, p. 344.

te, os atos administrativos costumam ser adotados na base de um conhecimento ou uma perícia técnicas que se presume próprio da Administração e alheio à idoneidade do órgão jurisdicional, o que faz crescer a margem discricionária da decisão.¹³⁵ Assim, a jurisprudência administrativista portuguesa somente aceita um controle parcial dos atos administrativos que envolvem “discricionariedade técnica”.¹³⁶

Grau considera insustentável “a tese da discricionariedade técnica”, afirmando que, “se a decisão é *técnica*, evidentemente há *standards*, e muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão!”¹³⁷ No entanto, devemos lembrar de que as leis administrativas no Brasil, em muitos casos (v.g., na área do Direito Ambiental e Urbanístico), não costumam trabalhar com prescrições técnicas exatas e detalhadas no lado do “fato-tipo” de suas normas, como acontece na maioria dos países europeus.¹³⁸ Nesse ambiente de relativa indefinição e pouca nitidez normativa, aumenta ainda a dependência dos tribunais em relação aos peritos a serem consultados, que, de fato, acabam tomando o lugar dos juízes!¹³⁹

Nesse contexto, sem dúvida, ganha grande importância também o dever constitucional da Administração de *motivar* os seus atos,¹⁴⁰ o que a obriga de expor, com clareza, as razões que resultaram nas escolhas concretas entre diferentes soluções possíveis. Caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo, não seja suficiente, o Judiciário deve anular a respectiva medida.

¹³⁵ Abramovich, Victor; Courtis, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, 2003, p. 159.

¹³⁶ Cf. Ohlweiler, Leonel. Direito Administrativo em perspectiva, 2000, p. 31ss.; Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 189ss. Vide também: Pereira, Cesar A. G. Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração, 2003, p. 261s.

¹³⁷ Cf. Grau, Eros R. O direito posto e o direito pressuposto, 2003, p. 214s.

¹³⁸ Como exemplo sirvam as leis federais e estaduais que fixam as competências e condições de atuação dos órgãos administrativos no âmbito do licenciamento ambiental e urbanístico de obras e atividades. A maioria destes textos normativos estabelece somente cláusulas genéricas, utilizando alguns “conceitos indeterminados”, sem fornecer maiores detalhes para o seu correto preenchimento.

¹³⁹ Essa situação insatisfatória causou um slogan forte, formulado em congressos de magistrados alemães a partir dos anos 70: “Nos juízes estamo-nos tornando, cada vez mais, os escravo dos peritos” (“Wir Richter werden immer mehr zu Sklaven der Sachverständigen”).

¹⁴⁰ Cf. Osório, Fábio M. O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos..., 2000, p. 277s.; Araújo, Florisvaldo D. de. Motivação e controle do ato administrativo, 1992, p. 109ss., 132ss.

A vantagem da visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade (*lato sensu*) é que ela não tenta dissecar o processo de decisão em suas partes, analisá-los e, depois, fixar um determinado ponto a partir do qual terminasse a *cognição* e começasse a *vontade*, mas indaga se o órgão é o adequado para tomar a decisão em questão, considerando-se a sua composição, sua legitimação, o procedimento decisório e a sua capacidade de trabalhar certos problemas.¹⁴¹

Diante de sua crescente incapacidade funcional para programar materialmente decisões “ótimas” em setores complexos da atividade administrativa, o legislador se vê obrigado a substituir a programação material do conteúdo das decisões por uma programação *procedimental* do processo em que estas devem ser tomadas, envolvendo órgãos com representação da sociedade, audiências etc., para criar decisões *aceitáveis* para os cidadãos, na medida em que asseguram a efetiva consideração e ponderação de todos os interesses envolvidos.¹⁴²

Isto vale ainda mais em sociedades periféricas como o Brasil, onde o sistema administrativo, muitas vezes, é ainda obrigado de *legitimar* suas decisões em virtude da incapacidade do sistema político de “aliviá-lo” dessa função. Isto pode até sobrecarregar o procedimento administrativo e “minar a sua principal arma legitimadora, qual seja, uma ‘racionalidade ótima’ de caráter subsumitivo e sem qualquer compromisso ou conteúdo prévio”.¹⁴³

Nesse ponto, é de fundamental importância lembrar que, ao contrário da Alemanha, da Espanha e de Portugal,¹⁴⁴ de onde provém grande parte das teorias modernas sobre o controle da discricionariedade, o Brasil não possui um ramo do Judiciário especializado em dirimir conflitos entre o cidadão e a Administração Pública. Em geral, ainda não há por aqui uma maior especialização dos juízes em áreas específicas do Direito, que seria de essencial importância para melhorar a qualidade das decisões e encurtar o tempo de julgamento dos pro-

¹⁴¹ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 206s., 219.

¹⁴² Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 234.

¹⁴³ Adeodato, João M. Ética e Retórica, 2002, p. 72s., parafraseando N. Luhmann.

¹⁴⁴ Portugal possui uma (complicada) “dualidade de jurisdições”, com tribunais judiciais e administrativos, embora estes foram também plenamente “jurisdicionalizados” a partir do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, de 1984, e, principalmente, da Reforma Constitucional de 1989; cf. Sifuentes, Mônica. Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no Direito português, 2002, p. 171.

cessos. Assim, o juiz singular, na sua comarca, acostumado a decidir casos como lesões corporais e contratos de aluguel, de repente, deve analisar a legalidade do licenciamento de uma fábrica de agrotóxicos ou de um loteamento na beira-mar, o que o obriga a “mergulhar nos princípios e no quadro conceitual próprios do Direito Administrativo”.¹⁴⁵

Faria constata que “é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito (...) e de que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados (...)”.¹⁴⁶ Em geral, os juízes têm, até por comodismo, se detido “diante do mal definido `mérito´ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo”.¹⁴⁷ Por isso, as intervenções judiciais nessa área têm sido tímidas, mostrando-se uma “necessidade de afirmação” do Direito Administrativo no âmbito do Poder Judiciário.¹⁴⁸ É essencial que essa situação problemática seja levada em consideração na busca de uma definição racional dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil.

Nesse ponto, vale destacar que não defendemos, de forma alguma, uma restrição do controle dos atos administrativos por parte dos tribunais; justamente o contrário. Todavia, no âmbito das decisões que exigem uma alta especialização técnica, e errôneo pensar que uma transferência (pouco refletida) de todo o poder de decisão para os juízes levaria a decisões finais necessariamente “mais corretas” ou “melhores”.

É interessante aqui também o alerta de Adeodato, ao afirmar que, “quando se desconstrói o discurso jurídico, especialmente o judicial, revelam-se os efetivos fundamentos alopoiéticos da decisão. É assim que os subsistemas econômico, ideológico, sexual, ou de relações de amizade interferem no subsistema

¹⁴⁵ Todavia, este esforço intelectual, se existir, nem sempre logra ter grandes efeitos; cf. Sifuentes, Mônica. Op. cit., p. 203, citando Sérvulo Correia, que critica a falta de especialização dos juízes portugueses que agem nos tribunais administrativos.

¹⁴⁶ Faria, José E. As transformações do Judiciário..., 1998, p. 60s.

¹⁴⁷ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade Administrativa, 1991, p. 28; segundo a autora, tem prevalecido no Brasil a dependência do Poder Judiciário em relação ao Executivo e o despreparo dos magistrados em matéria de Direito Administrativo, sendo que a contribuição da jurisprudência para a elaboração dos princípios desse ramo de Direito tem sido “quase nula, porque há apego excessivo ao formalismo da lei, sem grande preocupação com o Direito”.

¹⁴⁸ Lima, Rogério M. G. O Direito Administrativo e o Poder Judiciário, 2002, p. 118ss.; Castro, M. da Gloria Lins da S. Controle dos atos administrativos discricionários, 1987, p. 149.

jurídico, o que pode representar uma ameaça ao efeito legitimador da decisão concreta e até às bases da sociedade.”¹⁴⁹

Ao mesmo tempo, a crescente ingerência do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos (e das pessoas jurídicas), consagrados nos textos constitucionais, exigiria uma atuação mais efetiva do Judiciário. A própria realidade brasileira justifica também “um mais efetivo controle da Administração Pública, cuja estrutura é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração, assolada por males como o ‘spoil system’ na designação dos titulares de ‘cargos em comissão’, cujo excessivo número, sem dúvida, macula qualquer sentido de profissionalismo dos Órgãos de direção, por serem alçados a esses postos da Administração Pública pessoas que efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas de poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público”.¹⁵⁰

No entanto, a jurisprudência brasileira continua pregando uma “auto-restrição” dos tribunais, enquanto a moderna doutrina administrativista defende a ampliação do controle judicial dos atos administrativos discricionários. E sendo assim, a expressão plástica de que a discricionariedade administrativa representaria no Estado de Direito um verdadeiro “Cavalo de Tróia”,¹⁵¹ até parece ser ainda justificada no Brasil, onde os conceitos da *discricionariedade* e do *mérito*, até hoje, servem para encobrir arbitrariedades, nepotismo e a falta de vontade (causada por múltiplas razões que não cabe analisar aqui) de muitos juízes em analisar ou anular os atos e medidas da Administração Pública. No entanto, na maioria dos países da Europa Ocidental, como vimos, o Cavalo troiano já foi desmontado há muito tempo.¹⁵²

9. DIFERENTES TIPOS DE CONCEITOS INDETERMINADOS UTILIZADOS NOS TEXTOS LEGAIS

São bastante diversificadas as tentativas teóricas de discriminar as modalidades e características dos conceitos legais indeterminados, que devem ser aplica-

¹⁴⁹ Adeodato, João M. *Ética e retórica*, 2002, p. 280.

¹⁵⁰ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz B. *Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional*, 1997, p. 98s.

¹⁵¹ A expressão é de autoria do suíço Hans Huber, em ensaio de 1953, e reproduzida por muitos autores.

¹⁵² Ao contrário, Martín-Retortillo afirma até que merecia ser chamado de Cavalo troiano também o “decisionismo judicial na atividade política e estritamente administrativa”; apud Bacigalupo, Mariano. *La discrecionalidad*, 1997, p. 39 (rod. n. 73).

dos pelos diferentes órgãos da Administração Pública, para, em seguida, criar regras sobre a intensidade adequada do seu controle por parte do Judiciário.

No Brasil, Moraes defende a distinção entre os conceitos legais indeterminados “classificatórios”, sujeitos à total revisibilidade judicial, os conceitos “verdadeiramente indeterminados” e os conceitos “atributivos de discricionariedade”, sendo estes controláveis somente limitadamente. Segundo essa linha, os conceitos cuja indeterminação resulta da “imprecisão da linguagem” ou “envolve a avaliação da situação concreta, pois se refere a situações definíveis em função de tempo, de lugar”, seriam *vinculados* e plenamente sindicáveis pelos tribunais.

No outro lado estariam localizados os conceitos cuja determinação envolve “juízos de prognose”, em que existe a necessidade de uma avaliação de qualidades de pessoas ou coisas ou de uma estimativa sobre a evolução futura do estado das coisas, perigos, pessoas e processos sociais. A sua indeterminação resulta da “avaliação da situação concreta”, sendo o controle judicial aqui apenas parcial.¹⁵³

Essa complexa e, diga-se de passagem, pouco clara teoria, desenvolvida por W. Schmidt na Alemanha (onde foi amplamente rejeitada), quer distinguir entre incertezas normativas “provocadas pela linguagem” e incertezas “da causalidade dos fatos” na situação concreta, e que a última decisão caberia à Administração. Todavia, esse procedimento parece ser pouco viável na prática e exige uma análise profunda de cada norma legal, para tentar descobrir qual dessas incertezas incide em cada caso.¹⁵⁴

No entanto, não parece ser possível definir *ex ante* todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados resulta na existência de discricionariedade para a Administração.¹⁵⁵ Por isso, são preferíveis classificações *tipológicas*, que levam em conta as diferentes situações e os problemas, que devem ser resolvidos.

¹⁵³ Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional, 1999, p. 160, 165-168; na mesma linha está Gomes Canotilho apud Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 91s.

¹⁵⁴ Cf. Sendler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 350; vide também: Bacigalupo, Mariano. Op. cit., p. 186s

¹⁵⁵ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 92

Seguindo Bullinger e Starck,¹⁵⁶ podemos distinguir entre diferentes espaços livres de decisão da Administração, que podem estar localizados no mandamento da norma, bem como na sua hipótese; são eles,

- a discricionariedade *tática*, em que o órgão pode decidir sobre circunstâncias concretas alteráveis, para tomar medidas de forma rápida e eficaz (v.g.: polícia);

- o espaço livre para *apreciação pericial*, que normalmente pressupõe um processo administrativo que assegura a imparcialidade da tomada de decisão sobre questões técnico-científicas, mediante órgãos colegiados especializados;

- a discricionariedade para *avaliação de riscos* oriundos de atividades perigosas definidas em lei (v.g.: potencial impacto ambiental, engenharia genética);

- a discricionariedade de *planejamento*, que serve para a ponderação criadora e realização de um determinado programa de ação e resulta em decisões administrativas complexas, que tentam equacionar uma pluralidade de interesses envolvidos (v.g.: planos diretores); e

- a discricionariedade para *adaptação da lei ao caso concreto*, onde a aplicação da norma levaria a um resultado contrário a seu fim, devendo a própria lei prever uma “cláusula de dispensa”, reservada para casos atípicos.

Entre essas decisões administrativas, que não devem ser objeto de um controle judicial pleno, encontram-se ainda os *exames acadêmicos e concursos*, as *avaliações funcionais* de servidores públicos, os juízos valorativos de caráter *artístico, ético-moral* ou *pedagógico* (v.g.: proibição de publicações nocivas, concessão de prêmios para filmes, o tombamento de monumentos), normalmente exercidos por grêmios de participação paritária, e juízos prospectivos de *prognose*, que envolvem juízos de probabilidade sobre acontecimentos futuros.¹⁵⁷

Na área emblemática da proteção ambiental prevalecem conceitos de experiência, de valoração e de prognose, que deixam uma margem de apreciação para a Administração, que não deve ser simplesmente substituída por uma decisão judicial. A questão, por exemplo, se um produto deve ser considerado

¹⁵⁶ Bullinger, Martin. *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986, p. 149-156; Starck, Christian. *Das Verwaltungsermessen...*, 1991, p. 171.

¹⁵⁷ Ossenbühl, Fritz. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2002, p. 221ss.; Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., p. 115-126.

“poluente” ou se uma construção “se insere na estética da paisagem”, deve ser respondida, em tese, mediante perícias de técnicos especialistas ou órgãos colegiados, e não pelo entendimento pessoal do juiz.¹⁵⁸

A propósito, vale mencionar que cada vez mais juízes alemães reclamam da sua crescente dependência em relação aos peritos, visto que eles não conseguem (e nem poderiam) dominar as várias áreas técnicas, como a física, química, biologia, engenharia, ecologia etc., todas importantes em casos de licenciamento de usinas nucleares, plantas industriais ou produtos resultantes de engenharia genética. Nos outros países europeus, o Judiciário normalmente não controla esses conceitos científico-técnicos, considerando-os localizados na área da discricionariedade.¹⁵⁹

Por fim, resta constatar que merece preferência uma *graduação* do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática, com a conseqüência de que os tribunais devem respeitar mais as decisões administrativas sobre certas matérias.¹⁶⁰

10. O PROGRESSIVO CONTROLE NA BASE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL - A TEORIA GERMÂNICA DOS “VÍCIOS DE DISCRICIONARIEDADE”

Em seguida, passaremos a tratar da questão do controle dos atos estritamente discricionários nos Direitos brasileiro e alemão. Como este tema complexo não é objeto principal de nosso estudo, apresentaremos apenas um breve resumo. Desde o início, contudo, vale ressaltar uma importante diferença no trato do controle da discricionariedade: *uma* coisa é que, em suas respectivas zonas de incerteza, os conceitos jurídicos indeterminados não indicam se a decisão aplicativa referente a um dos seus *candidatos neutros* é positiva ou negativa; *outra* coisa bem distinta é a questão se o ordenamento jurídico tolera que essa decisão (seja positiva ou negativa) pode ser arbitrária, irracional, não razoável, desproporcional, discriminatória ou fraudadora à confiança legítima.¹⁶¹

¹⁵⁸ Por isso, a decisão sobre um licenciamento ambiental, homologada por um Conselho de Proteção Ambiental estadual ou municipal, órgãos colegiados especializados que sempre contam com participação expressiva da sociedade civil (às vezes até majoritária), não deve ser facilmente anulada pelos tribunais.

¹⁵⁹ Cf. Sendler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 357.

¹⁶⁰ Assim: Häberle, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 604.

¹⁶¹ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 210.

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito.¹⁶² Na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais,¹⁶³ os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua *juridicidade*. Essa “principalização” do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.¹⁶⁴

Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal.¹⁶⁵ Uma posição destacada nesse rol ocupa o princípio da *moralidade*, visto que sua inserção no texto da Carta Magna provocou um reencontro dos conceitos do *Direito* e da *Moral*, cuja estrita separação tem sido, durante muito tempo, um verdadeiro dogma juspositivista,¹⁶⁶ que teve um efeito extremamente pernicioso, inclusive na gestão da coisa pública no Brasil.

No entanto, os valores constitucionais devem nortear o exercício da discricionariedade administrativa tanto no lado do mandamento da norma quanto no lado da sua hipótese, isto é, no próprio ato de interpretação/aplicação dos conceitos vagos e imprecisos. Isto vincula os operadores do Direito em procurar, “entre as possibilidades de significação dos conceitos jurídicos indetermina-

¹⁶² Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 154, 164.

¹⁶³ Barroso, Luís R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro, 2003, p. 27ss.

¹⁶⁴ Moraes, Germana de O. Op. cit., 1999, p. 9s.

¹⁶⁵ Vide a respeito: Freitas, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade, 1995, p. 324ss. e O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 1999, passim; França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade..., 2000, p. 145-171.

¹⁶⁶ Sobre o tema vide Barboza, Márcia N. O princípio da moralidade administrativa, 2002, p. 21ss.

dos, uma solução que favoreça os vetores axiológicos da Constituição”.¹⁶⁷ A própria estrutura da hipótese de muitas normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados “admite certa ponderação interna para a definição do seu próprio sentido”; no entanto, “é importante não confundir a indeterminação dos efeitos, própria dos princípios, com a indeterminação de conceitos empregados na descrição da hipótese fática utilizada por muitas regras”.¹⁶⁸

A doutrina e a jurisprudência da Alemanha, por sua vez, desenvolveram a teoria dos “vícios de discricionariedade” (*Ermessensfehler*), que devem levar à anulação do ato; são eles:

- a “transgressão dos limites do poder discricionário” (*Ermessensüberschreitung*), em que a autoridade escolhe uma consequência jurídica não prevista ou pressupõe erroneamente a existência de fatos, os quais abririam o exercício da discricionariedade;

- o “não exercício do poder discricionário” (*Ermessensnichtgebrauch*), quando o órgão se julga vinculado pela lei, que, na verdade, abre liberdade de decisão, fato este que pode ser provocado também por uma investigação deficiente dos próprios fatos do caso; e, finalmente,

- o “abuso ou desvio do poder discricionário” (*Ermessensfehlgebrauch*) - o vício mais comum -, que incide nos casos em que a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade prescrita ou viola direitos fundamentais ou princípios administrativos gerais, como a igualdade e a proporcionalidade.¹⁶⁹

Além disso, existe a teoria da “atrofia do poder discricionário”¹⁷⁰ (*Ermessensreduzierung auf Null*): quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto diminuem bastante a possibilidade de escolha entre diversas opções, indicando fortemente para uma determinada solução. Quase todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas, sendo a autoridade administrativa obrigada a tomar uma decisão bastante predeterminada. As circunstânci-

¹⁶⁷ Coelho, Paulo M. da C. Controle jurisdicional da Administração Pública, 2002, p. 132.

¹⁶⁸ Barcellos, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, 2003, p. 91.

¹⁶⁹ Cf. Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 212s.; Maurer, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo, 2001, p. 51.

¹⁷⁰ A tradução literal seria “redução da discricionariedade a zero”; esta expressão, no entanto, não pode ser considerada correta, visto que rechaçamos - com a doutrina moderna - a teoria da “única solução possível”, seja referente ao ato interpretativo no lado do fato-tipo, seja no lado do mandamento da norma.

as de fato, a prática administrativa e, sobretudo, os direitos fundamentais, representam uma base para essa redução da discricionariedade.¹⁷¹

Como consequência da divisão dos Poderes, o juiz somente pode, em princípio, *anular* um ato administrativo; cabe, no entanto, à Administração reeditá-lo, se as condições fáticas do caso exigirem tal comportamento. Nos casos de redução da discricionariedade “a zero”, o juiz emite um pronunciamento condenatório, e não somente anulatório.

11. CONCLUSÕES

A diferenciação categórica entre atos administrativos “vinculados” e atos “discricionários” utilizada, até os dias de hoje, pela maioria dos autores brasileiros, dificulta a compreensão das principais características desses atos e dos verdadeiros problemas no processo da sua sindicância. Assim, grande parte da doutrina e da jurisprudência ainda não passou por uma “mudança de atitude” para com o controle dos atos administrativos discricionários, provocada pela teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Essa teoria - criada há mais de cem anos na Áustria e aplicada com rigor na Alemanha pós-guerra - deixou claro que muitos termos utilizados nos textos legais, nas hipóteses das normas, permitem e, em virtude da garantia constitucional da plena sindicância dos atos públicos, até *exigem* um controle mais denso por parte dos tribunais.

Com o passar do tempo, parte da doutrina alemã começou a vislumbrar que a referida teoria tinha levado a um exagerado controle judicial, o que resultou na sua redefinição, com o reconhecimento de “espaços de livre apreciação” dos conceitos jurídicos indeterminados para os órgãos administrativos em muitas áreas temáticas (provas e exames, prognoses, avaliação de riscos, avaliações funcionais, perícias técnicas etc.).

É justamente esse tratamento diferenciado entre a liberdade de decisão da Administração no lado do fato-tipo da norma e no lado da sua consequência que a doutrina brasileira, até hoje, não tem trabalhado de forma suficiente, o que

¹⁷¹ Um caso paradigmático foi a vedação judicial de expulsar a cunhada de um trabalhador turco por causa de um pequeno furto. Apesar da Lei Alemã dos Estrangeiros restringir a possibilidade de expulsão (em caso de delitos graves) somente para parentes de primeiro grau e cônjuges de detentores de visto permanente no país, a medida foi anulada na base do princípio constitucional da proteção à família, visto que a mulher cuidava dos filhos menores do trabalhador, cuja esposa tinha falecido.

se deve também à - muitas vezes pouco refletida - adesão à técnica da subdivisão do ato administrativo em seus diferentes “elementos”.

Muitos dos administrativistas alemães modernos já reconhecem que conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos do mesmo processo da abertura de margens de decisão para os órgãos administrativos por parte do legislador. A diferença na densidade da vinculação do Executivo é, portanto, apenas *quantitativa*, não *qualitativa*. Além disso, podem existir várias imbricações e interdependências entre a hipótese e o mandamento da norma.

Ao mesmo tempo, há vários estudos sobre a estrutura formal-teórica das normas administrativas e a sua linguagem, cujos resultados nem sempre convencem, por se afastarem da realidade da concretização do Direito, criando classificações demasiadamente abstratas que fragmentam o processo real da aplicação da lei no caso concreto. A hermenêutica mostrou, há tempo, que a interpretação jurídica somente funciona através de atos de vontade. Por isso, não faz mais sentido criar uma estrita distinção entre a interpretação da norma legal (meramente *cognitiva*) e do exercício (sempre *volitivo*) da discricionariedade, entendimento que dominou a doutrina e a jurisprudência na Alemanha durante muito tempo.

O antigo discurso da pretensa identificação da “única solução justa” pelos tribunais, através de um processo pretensamente “neutro” e meramente “intelectivo”, pode até servir para legitimar a tomada de decisões tendenciosas, resultado de interesses subalternos que, num sistema jurídico *alopoiético* como o brasileiro, sempre agem de maneira poderosa. Além disso, a discussão sobre os devidos limites da sindicância judicial dos atos administrativos discricionários deve ser acompanhada por uma análise jurídico-funcional da capacidade real dos juízes brasileiros de controlar a aplicação de certos tipos de conceitos legais indeterminados nas diferentes áreas setoriais.

Por fim, aumentaram, de forma expressiva, as formas de controle do Poder Público na base dos direitos e princípios fundamentais, consagrados em abundância pela Constituição de 1988. “Recém-liberto das cartas antidemocráticas, desponta, neste contexto, um setor da opinião pública brasileira que anseia por exercer o máximo de controle possível sobre a atuação dos Poderes Públicos (...).”¹⁷² Nesse aspecto, portanto, não há dúvidas sobre o expressivo aumento da responsabilidade do Poder Judiciário brasileiro na medida da falta de cidadania de uma grande parte da sociedade civil.

¹⁷² Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 103.

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, *Juristenzeitung (JZ)*, 1955, p. 97ss.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro, *in: o mesmo (org.). A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-48.
- BULLINGER, Martin. Verwaltungsermessen im modernen Staat, *in: o mesmo. (Hrsg.). Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden: Nomos, 1986, p. 131-157. Versão portuguesa: A discricionariedade da Administração Pública (trad. Antônio F. de Souza), *Revista de Ciência Política*, abr./jun. 1987, p. 3-23.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*, Curitiba: Juruá, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CASTRO, Maria da Glória Lins da Silva. Controle dos atos administrativos discricionários e desvio da finalidade, *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 3, 1987, p. 137-158.

- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional, *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, n.º 8, Recife, 1997, p. 77-116.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, *Justitia*, n.º 145, São Paulo, jan./mar. 1989, p. 34-54.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, abr. 1991, p. 227-237.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*, São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991.
- EHMCKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte*, Heisenheim, 1981.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* (trad. J. Baptista Machado), 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, in: o mesmo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52ss.
- FARIAS, Edilsom. Técnicas de controle da discricionariedade administrativa, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 193, Brasília, jan./jun. 1994, p. 159-170.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANÇA, Vladimir Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, jun. 1995, p. 324-337.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, 4. ed., Madrid: Civitas, 1998.
- _____; FERNANDES, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo* (trad. Arnaldo Setti), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade, in: ROCHA, Cármen Lúcia A. *Perspectivas do Direito Público - Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 307-335.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Bad Homburg, 1970.
- HENTZ, Antonio Soares. Considerações atuais sobre o controle da discricionariedade, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 118, abr./jun. 1993, p. 127-138.
- HERDEGEN, Matthias. Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, *Juristenzeitung (JZ)*, n.º 15/16, 1991, p. 747-751.
- HERZOG, Roman. Verfassungs- und Verwaltungsgerichte, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1992, p. 2601ss.
- HOFMANN, Christian. Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1995, p. 740ss.

- KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, *in*: Kaufmann, A.; Hassemer, W. (orgs.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1985, p. 23-123.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (trad. João B. Machado), Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- KOCH, Hans-Joachim. *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt a.M.: Metzner, 1979.
- KOPP, Ferdinand O. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 4. Aufl., C.H. Beck, 1986.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- _____. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamago), 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O Direito Administrativo e o Poder Judiciário*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MANCUSO, Sandra Regina. A concreção do poder discricionário, *Revista dos Tribunais*, n.º 686, São Paulo, dez. 1992, p. 65-72.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo* (trad. Luís Afonso Heck), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Relatividade da competência discricionária, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 212, Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, p. 49-56.

- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 14, São Paulo, 1996, p. 78-95.
- MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002.
- NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, *in*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356-376.
- OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos e sua aplicabilidade aos casos de promoção/remoção por merecimento de agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 273-319.
- OSSENBÜHL, Fritz. *In*: ERICHSEN, Hans-Uwe; EHLERS, Dirk. *Allgemeines Verwaltungsrecht* (2. Abschnitt: Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, p. 133-227), 12. Aufl., Berlin: De Gruyter Recht, 2002.
- PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas, *in*: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 452-483.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 217-267.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- PIEROTH, Bodo; KREMM, S. Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses an privaten Grundschulen (BVerfGE 88, 40), *Juristische Schulung* (JuS), 1995, p. 780ss.
- POLTRONIERI, Renato. *Discricionarietà dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- REDEKER, Konrad. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, Heft 4, 1992, p. 305-309.
- RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionarietà administrativa*, São Paulo: Malheiros, 1997.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003.
- RODRIGUES QUEIRÓ, Afonso. *Reflexões sobre a teoria do «Desvio de Poder» em Direito Administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1940.
- RUPP, Hans Heinrich. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff” und kein Ende, in: FÜRST, W. et alii (Hrsg.). *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin: Verlag Walter De Gruyter, 1987, p. 455-467.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid: Instituto de España (Espasa-Calpe), 1991.
- SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 2002.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, *Juristenzeitung* (JZ), n.º 15/16, 1993, p. 772-781.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- SEDLER, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: BLÜMEL, W. et alii (Hrsg.). *Verwaltung im Rechtsstaat - Festschrift für Carl Hermann Ule*, Köln: Carl Heymanns, 1987, p. 337-358.

- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa: Danúbio, 1982.
- SIFUENTES, Mônica. Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no Direito português, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 227, Rio de Janeiro, jan./mar. 2002, p. 167-206.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! (trad. João M. Adeodato), *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, n.º 7, Recife, 1995, p. 251-273.
- SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos indeterminados*» no *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994.
- STAMFORD, Artur. *Decisão judicial: dogmatismo e empirismo*, Curitiba: Juruá, 2001.
- STARCK, Christian. Das Verwaltungsermessen und seine gerichtliche Kontrolle, in: FRANßEN, E. *et alii* (Hrsg.). *Bürger, Richter, Staat – Festschrift für Horst Sandler*, München: C.H. Beck, 1991, p. 167-181.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência, *Interesse Público*, n.º 16, Porto Alegre, 2002, p. 23-38.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado* (trad. Karin P.-A. Coutinho), 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

DA IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DA DESLEGALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO À COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Maria Carolina Scheidgger Neves
Bacharela em Direito

Sumário Introdução: intensificação de funções regulatórias e a natureza do poder normativo regulador. 1. Princípio da separação dos poderes 2. Competência normativa e princípio da legalidade. 3. A flexibilização do art. 84, IV da Constituição Federal. 4. A delegação e a teoria da deslegalização. 4.1. Deslegalização e poder normativo das agências. 5. Conclusões: discricionariedade regulamentar, uma possível resposta. 6. Bibliografia.

INTRODUÇÃO: INTENSIFICAÇÃO DE FUNÇÕES REGULATÓRIAS E A NATUREZA DO PODER NORMATIVO REGULADOR.

Um dos temas que mais tem causado espécie no Direito Administrativo contemporâneo diz respeito às alterações do papel desempenhado pelo Estado. Com efeito, após a falência do Estado do Bem-estar, causada pela hipertrofia de suas funções e ineficiência de seus misteres, o ente estatal sofreu profundas reformas e desenvolveu novas atribuições, cujo conjunto foi doutrinariamente qualificado de atividade regulatória.

O Estado resultante de tais reformas transferiu à iniciativa privada grande parte de suas antigas e pesadas atribuições empresariais, por meio dos mecanismos da privatização e da desestatização. Tornou-se menor quanto à sua intervenção direta na economia, porém, em contrapartida, aperfeiçoou funções antes desprezadas ou mesmo renegadas. Não poderia, por certo, simplesmente, abster-se completamente da atividade econômica, permitindo que o mercado

impusesse suas próprias regras, sem qualquer fiscalização ou controle, como gostariam os neoliberais mais radicais.

O repasse de atribuições estatais no campo da intervenção direta gerou a intensificação de inúmeras funções novas e mais modernas do ente público, como a fiscalização, a negociação, o planejamento, além de competências normativas para disciplinar setores econômicos determinados. A todo esse complexo de funções assumidas pelo Estado moderno, dá-se o nome de regulação, e a esse novo paradigma estatal, a doutrina convencionou chamar de Estado Regulador.

Por outro lado, diante da complexidade e da setorialização das relações sociais e econômicas, também as medidas regulatórias tornaram-se segmentadas e cada vez mais técnicas. Desta forma, tornou-se necessária a criação de órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho central do Estado e habilitadas para desempenhar estas novas funções. Esta iniciativa, experimentada inicialmente pelos Estados Unidos, logo se espalhou por toda a Europa e pela América Latina.

No Brasil, tais entes reguladores (agências) foram criados sob a forma de autarquias em regime especial, em razão da autonomia político-administrativa e financeiro-econômica que lhes foi assegurada.

Dentre as funções regulatórias, sem dúvidas a mais polêmica diz respeito ao exercício de poderes normativos. Impõe-se, então, apreciar a natureza dessa atividade normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, especialmente diante da teoria da deslegalização.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O desenvolvimento de administrações setorializadas e complexas, especialmente as agências reguladoras, tem causado grandes discussões doutrinárias, principalmente quanto à eventual violação ao princípio da tripartição dos poderes.

Com efeito, do ponto de vista administrativo, a competência reguladora abrange a fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, o cumprimento das regras fixadas nos contratos de concessão, além de poderes disciplinares e sancionatórios. A regulação envolve, outrossim, a solução de controvérsias, quer entre o poder público e os agentes econômicos, quer entre estes e os consumidores. Por fim, a competência reguladora confere poderes normativos bastante amplos, disciplinadores de toda a atividade regulada.

O exercício das atribuições hoje outorgadas às agências reguladoras abrange, assim, aspectos de todas as funções integrantes da clássica separação dos

Poderes idealizada por Montesquieu (administrativas, normativas e judicantes), sendo, ainda, exercidas com grande grau de autonomia em relação a esses mesmos Poderes, como forma de garantir-lhes a independência que lhes é essencial¹.

Nesses termos, essa imensa gama de poderes atribuídos aos entes reguladores sofre duras críticas provenientes, principalmente, dos doutrinadores mais ortodoxos, que questionam sua compatibilidade com a tradicional *teoria da separação dos poderes*. Todavia, conforme demonstraremos a seguir, tal alegação de incompatibilidade não resiste a um estudo mais aprofundado e atual do tema.

A teoria da separação dos poderes foi inicialmente organizada por Montesquieu. Acreditava ele que todo homem que detém integralmente o poder estatal tende a dele abusar e utilizar injustamente. Sendo assim, pregava a necessidade de divisão do poder estatal entre diversos órgãos, que pudessem exercer as funções executivas, legislativas e jurisdicionais separadamente, evitando delegações das atribuições de um poder a outro, mas controlando-se reciprocamente².

No entanto, o princípio da tripartição de poderes não pode ser levado a extremos, não sendo mais visto de forma sacramental ou dogmatizada.

A própria teoria da separação de poderes, nos moldes radicais em que projetada no nascedouro, já vinha sofrendo flexibilizações por parte da doutrina moderna. De fato, hoje seria bem mais adequado se falar em mera divisão de funções do que propriamente em divisão de poderes. Na verdade, nenhum dos três poderes do Estado desempenha apenas uma dessas funções unicamente e com exclusividade. Ao contrário, o que se tem é o exercício preponderante de atividades legislativas, executivas ou jurisdicionais, em detrimento das demais, que seriam exercidas de forma atípica.

Por outro lado, a complexidade das competências contemporâneas faz emergir outras atribuições que não se subsumem na clássica divisão tripartite, bem como fez proliferar inúmeros órgãos que não se incluem em qualquer dos três conjuntos de poderes clássicos³. Seriam exemplos de tais instituições *sui*

¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 370.

² Acerca da teoria da separação dos poderes, vide MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. trad. Pedro Vieira Mota, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 152.

generis, no Brasil, o Ministério Público e o Tribunal de Contas e, agora, as agências reguladoras.

Finalmente, é mister ressaltar que a conotação atual do princípio da separação de poderes diz respeito com a divisão de funções entre órgãos diversos e com a noção de controles mutuamente exercidos pelos órgãos do Estado (*checks and balances*), limitando o exercício desmedido de poderes estatais. É nesse sentido o ensinamento de Alexandre Santos de ARAGÃO⁴:

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

Sendo assim, em princípio, poderíamos concluir como o professor ARAGÃO⁵ que, de forma isolada ou conjunta, as funções exercidas pelas agências reguladoras seriam funções administrativas em sentido amplo e, portanto, condzentes com a teoria moderna de tripartição dos poderes.

No entanto, em que pese a modernização da teoria de Montesquieu, ainda resta um ponto tensionante. Trata-se da possibilidade de adaptação da competência normativa da Administração, e em especial das agências reguladoras, aos limites da separação entre o Legislativo e o Executivo e à sua consequência mais relevante que é o princípio da legalidade. Com efeito, principalmente em Estados como o Brasil, onde a subordinação à lei é absoluta, a produção de normas por entes administrativos encontra maiores obstáculos jurídicos do que nos países onde a reserva legal não é tão abrangente⁶.

2. COMPETÊNCIA NORMATIVA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

O princípio da legalidade tem origens no Estado Liberal, quando a classe burguesa, numa tentativa de limitar os desmandos e arbitrariedades do Absolutismo pré-existente, propulsionou a ideologia segundo a qual qualquer medida

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371.

⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 378.

⁶ Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. In: RDA. Rio de Janeiro, jan/mar, 2000, p. 255.

jurídica somente seria legítima se decorresse de normas jurídicas adredemente estabelecidas por representantes eleitos para tal fim, e tivessem conteúdo genérico e abstrato⁷. A lei passou, assim, a ser considerada como a norma jurídica por excelência, sob a qual estavam submetidos não só os súditos, mas também, e principalmente, os próprios detentores do poder. Nasce, então com a sistematização do princípio da legalidade, o denominado Estado de Direito.

Destarte, o princípio da legalidade, desde suas primeiras formulações, consagra a idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei. No entanto, tal princípio não impede que a própria Administração edite também normas jurídicas, embora com maior ou menor liberdade, a depender do ordenamento jurídico de cada Estado.

No Brasil, especificamente, o princípio da legalidade é bastante rígido, gerando o que a doutrina denomina de “reserva legal”, segundo a qual à lei em sentido formal cabe disciplinar toda a vida em sociedade e toda a atividade Administrativa. Ao regulamento administrativo, por sua vez, somente é permitido emitir comandos complementares, explicitadores e executivos da lei. Constam tais previsões, do próprio Texto Constitucional, assentados nos dispositivos dos arts. 5º, II e 84, IV⁸.

Em outros ordenamentos, como o francês e, em menor grau, o espanhol, a reserva legal é relativizada, ou seja, somente algumas matérias são constitucionalmente reservadas à regulamentação mediante lei formal. Destarte, as demais matérias poderiam ser disciplinadas direta e originariamente pela administração por meio de decretos autônomos.

O fato é que, mesmo no Brasil, a complexidade das relações sociais têm demandado uma normatização setorial e concreta, além de muito mais flexível e

⁷ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. In RDA. Rio de Janeiro, 225, jul/set, 2001, p. 113.

⁸ “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:

...

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

ágil. A lei, embora imprescindível, tornou-se insuficiente para disciplinar a realidade social. Ademais, como ressalta Robertônio Santos PESSOA⁹:

De um ponto de vista jurídico, o reconhecimento de um poder normativo à Administração Pública decorre da nossa própria estrutura constitucional, especificamente no que se refere ao poder regulamentar (CF, art. 49, V e 84, IV) e ao poder regulador do Estado (CF, art. 174, *caput*), este último exercido pelas agências reguladoras.

Foi então intensificada a competência normativa da Administração Pública. E, com a adoção em nosso ordenamento jurídico das agências reguladoras, tal competência foi-lhes atribuída como solução para essa preconizada atuação célere e flexível, em questões não apenas concretas, mas também abstratas, em que predomine a escolha técnica, distanciada das disputas partidárias e dos debates congressuais¹⁰.

Como então harmonizar esta nova competência normativa da Administração Pública, que não se limita a “executar a lei”, com o princípio da legalidade e a separação dos poderes?

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ART. 84, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Muitas vezes se tem refutado o exercício de competências normativas pela Administração Pública, e em particular pelas agências, sob o fundamento de que o art. 84, IV da Constituição pátria atribui “privativamente ao Presidente da República” a competência regulamentar, acrescentando que esta competência somente pode ser exercida para “fidel execução da lei”¹¹.

⁹ PESSOA, Robertônio Santos. Tese Configuração atual da competência normativa da Administração Pública, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Recife, 2003.

¹⁰ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 162.

¹¹ Nesse sentido, veja-se a posição de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (Parcerias na Administração Pública. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.156/157), para quem tal competência regulamentar somente poderia ser exercida pela Administração Indireta mediante delegação do Presidente da República, jamais por atribuição legal.

Contrapondo-se a tal posição, Leila CUÉLLAR¹² e Alexandre Santos ARAGÃO¹³ defendem que embora o dispositivo constitucional atribua a competência regulamentar “privativamente” ao Presidente da República, a lei poderia conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma entidade, como as agências reguladoras. De qualquer forma, a realidade é que mesmo antes da instituição de agências reguladoras, sempre houve atribuição de competência normativa a órgãos e entidades da Administração.

Por outro lado, quanto à necessidade de que tais regulamentos restrinjam-se a “fidelmente executar a lei”, razão assiste a Robertônio Santos PESSOA¹⁴, segundo o qual a expressão “execução da lei”, contida no Texto Constitucional deve ser reinterpretada e reconstruído à luz das novas realidades, abrangendo inclusive a competência regulamentar abstrata que não se restringe a simplesmente executar a norma legal, mas devotado à concretização dos fins e metas do Estado. Com efeito, quando um regulamento editado por uma agência está, por exemplo, disciplinando a política tarifária de determinado serviço, não deixa de estar dando execução ao dispositivo legal que previa que atribuía à agência a modicidade das tarifas. No mesmo sentido, é a lição de Alexandre Santos ARAGÃO:

Assim, se adotarmos um conceito de “execução” amplo, consistente no desenvolvimento de normas pré-estabelecidas, todos os regulamentos acima analisados serão “de execução”, o que deverá satisfazer aqueles apegados à interpretação meramente literal do art. 84, IV, *in fine*, da Constituição Federal (“decretos e regulamentos para a fiel *execução* da lei”).¹⁵

¹² CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 166/167.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 381/382.

¹⁴ PESSOA, Robertônio Santos. Manuscritos da sua tese Configuração atual da competência normativa da Administração Pública, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, p. 133.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 382.

Oportuna, ainda, a lição de Marçal JUSTEN FILHO¹⁶, no sentido da flexibilização do art. 84, IV da Constituição:

Não se interpreta a Constituição através de mera tradução das palavras. Ou seja, a norma do art. 84, inc. IV, da CF/88 não significa, de modo necessário, a exclusão da possibilidade de ampla competência normativa para complementação da lei. A “fidel execução” pode ser interpretada como aquela que assegura a realização da finalidade buscada pelo Direito, mesmo que isso não signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa. Assegurar a fidel execução da lei propicia, por isso, a adoção de determinações que, respeitando o *espírito* ou a *finalidade* da lei, configurem inovação à disciplina por ela adotada.

E finaliza o mesmo autor:

O que se busca, enfim, é propiciar a perfeita e integral aplicação da norma produzida legislativamente, o que pode importar a necessidade de adição ao conteúdo normativo até então existente.

Resta assim, incontestemente que a competência regulatória, ao executar a lei, em sentido amplo, pode, inclusive, inovar na ordem jurídica.

4. A DELEGAÇÃO E A TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO.

Alguns autores, especialmente europeus, sustentam que o exercício de competências normativas pela Administração Pública é realizada mediante delegação pelo Poder Legislativo ao Executivo.

Nesse sentido, clássica é posição de Eduardo Garcia de ENTERRÍA¹⁷, segundo o qual a delegação legislativa se apresenta em três espécies: delegação receptícia, remissão e deslegalização. A delegação receptícia é aquela de cujo exercício surgem os chamados “decretos legislativos” e é assim definida:

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 510.

¹⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3 ed. Madrid: Editorial civitas, 1998.

Em ambos casos la Ley de delegación confía al Gobierno (y nada más que al Gobierno es posible, según la norma constitucional, confiar esa competencia) la elaboración de una norma con un contenido concreto, norma que la propia Ley delegante recibe como contenido propio o anticipa su elevación al rango de Ley¹⁸.

Ainda de acordo com ENTERRÍA¹⁹, a segunda forma de delegação legislativa seria a remissão:

Una Ley remite a una normación ulterior que ha de elaborar la Administración, aunque sin asumir como propio su contenido, la determinación de ciertos elementos normativos que complementan la ordenación que la propia Ley delegante establece.

Por fim, apresenta ENTERRIA a noção de deslegalização (*deslegalización*), segundo a qual o ordenamento admitiria que o próprio legislador retirasse certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento²⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, a transferência de competência legiferante constitui violação ao princípio da separação dos poderes, somente sendo admitida em casos excepcionalíssimos previstos na própria Constituição Federal, no seu art. 68, que faculta ao Congresso Nacional, por meio de resolução, a delegação ao Presidente da República de poderes legislativos de forma limitada e em relação a matérias específicas²¹.

¹⁸ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 176.

¹⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 197.

²⁰ Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 220/225.

²¹ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

No entanto, desde a incorporação ao Brasil de agências, em adaptação – para não falar simples cópia – do modelo norte-americano, os doutrinadores pátrios buscam uma explicação jurídica para o exercício, por essas entidades, de competências regulatórias. Foi assim que Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO²², depois seguido por outros autores, tentou introduzir no Brasil a teoria das tipologias de delegação idealizadas por García de Enterría.

Segundo ele, a *delegação receptícia*, que consistiria na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, adstrita a um quadro determinado e a um tempo estabelecido no ato de delegação, estariam previstas no Texto Constitucional no art. 59, IV, c/c art. 68 e 49, V²³. Já na *delegação remissiva*, haveria uma espécie de remessa pela lei de normatividade posterior, para que a Administração regulamente o texto legal, correspondendo, no Direito Constitucional brasileiro, ao *poder regulamentar*, previsto no art. 84, IV, da Constituição.

4.1. DESLEGALIZAÇÃO E PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS

Como ressaltado anteriormente, a classificação das espécies de delegação legislativa foi sistematizada por Eduardo García de ENTERRIA²⁴, o qual, acerca da deslegalização, assim ensinava:

Llamamos deslegalización, (...) a la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración.

Assim, a deslegalização consistiria na degradação do grau hierárquico de determinada regulação material. Deste modo, a lei deslegalizadora, sem adentrar na regulação material e sem importar, por si própria, na revogação de lei

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 164/165.

²³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.

²⁴ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 220.

anterior disciplinadora da matéria, produz sua transferência ao regulamento. Este, por sua vez, poderá inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores²⁵.

O mestre ENTERRÍA²⁶ adverte, ainda, que o poder de revogar a lei material anterior não é a essência da técnica de deslegalização. Trata-se, em verdade, de simples consequência da degradação normativa operada. Acrescenta que, por outro lado, a Administração se utiliza da delegação ínsita na deslegalização não apenas no momento do primeiro exercício da mesma, que é quando se produz o efeito ab-rogatório da legislação anterior:

sino también posteriormente, cuando sustituye esa primera norma por otras igualmente reglamentarias, momento em el cual es evidente que no se están abrogando o innovando leyes, sino sus propias disposiciones reglamentarias anteriores.

No que concerne à *deslegalização*, ensina Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO²⁷ que, tendo ela origem no direito francês, constitui a retirada de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao controle do regulamento. O mencionado autor vislumbrou a aplicação da teoria da deslegalização no Brasil em vários dispositivos, em especial nos referentes às leis de criação das agências reguladoras, as quais, segundo entende, procedem uma deslegalização de determinadas competências normativas, transferindo-as da sede legislativa para o regulamento.

Também defendendo a aplicação da teoria da deslegalização no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente nos casos das agências reguladoras, Alexandre Santos ARAGÃO²⁸ sustenta:

Não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas ape-

²⁵ Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 220.

²⁶ ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 221.

²⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 422/423.

nas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

E conclui o citado autor dizendo que:

A deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo (esteado em *standards* gerais) conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para exercer as suas competências regulando determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política pública fixada pela Lei e pela Administração central²⁹.

Em que pesem os esforços doutrinários para adaptar a teoria da deslegalização ao Direito brasileiro, a verdade é que Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e Alexandre Santos ARAGÃO não aplicam a técnica da deslegalização tal como existente em países como Espanha ou França, de onde se originou.

Com efeito, tanto na França, como na Espanha, a deslegalização constitui, como ressaltado anteriormente, o mecanismo pelo qual uma lei meramente deslegalizadora (que não trata de regulação material) transfere ao regulamento o poder de disciplinar determinada matéria, podendo, inclusive, revogar lei anterior sobre o mesmo assunto. No entanto, diferentemente do Brasil, nesses ordenamentos essa técnica é possível porque não há reserva constitucional absoluta à legalidade formal.

Tomemos o exemplo da França. A Constituição Francesa de 1958, em seu art. 34³⁰ elenca uma série de matérias que são reservadas ao disciplinamen-

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 424.

³⁰ “La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant:

“les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens; “la nationalité, l’état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités; “la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l’amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats; “l’assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d’émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant:

“le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées territoriales;

“la création de catégories d’établissements publics;

to por lei formal. Ressalvadas tais matérias, o art. 37³¹ dispõe que as demais poderão ser regidas por simples regulamento, assegurando que, mesmo que uma dessas questões residuais seja disciplinada por lei, também por meio de regulamento poderá ser revogada.

Sendo assim, a deslegalização só é possível em tais países porque há previsão legal permitindo que o regulamento altere ou mesmo revogue uma norma legal. O próprio Eduardo Garcia de ENTERRÍA³² adverte que não há espaço para a deslegalização quando a matéria for constitucionalmente reservada à lei. São seus ensinamentos:

Por su naturaleza, parece que puede afirmarse con firmeza que la técnica deslegalizadora no es aplicable a las materias constitucionalmente reservadas a la Ley. Esta reserva de una *materia* a la Ley se infringiría, evidentemente, si pretendiese cumplirse con una Ley de contenido puramente *formal*, operante en el ámbito abstracto del rango, Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia que se trate a los Reglamentos.

“les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l’Etat;

“les nationalisations d’entreprises et les transferts de propriété d’entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux:

“de l’organisation générale de la Défense Nationale;

“de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources;

“de l’enseignement;

“du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;

“du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l’Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmes déterminent les objectifs de l’action économique et sociale de l’Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.” (La Constitution du 4 octobre 1958 In <http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/p.cfm?ref=6979>)

³¹ Art. 37 Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d’Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l’entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu’ils ont un caractère réglementaire en vertu de l’alinéa précédent. (La Constitution du 4 octobre 1958 In <http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/p.cfm?ref=6979>)

³² ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 223/224.

No ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, no qual a própria Constituição adverte que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (CF/88, art. 5º, II), e que o Congresso pode sustar atos que exorbitem o poder regulamentar (CF/88, art. 49, V), a previsão de reserva legislativa é absoluta, como já demonstrado alhures. Portanto, a lei não poderia simplesmente abdicar de disciplinar determinada matéria, transferindo esta tarefa aos regulamentos produzidos pelas agências reguladoras, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da indelegabilidade e, por consequência, à tripartição de poderes.

Realmente, tampouco se poderia falar em delegação legislativa, pois esta é constitucionalmente reservada ao Presidente da República e marcada por sua excepcionalidade e transitoriedade (CF/88, art. 68).

No mesmo sentido, concluindo pela inaplicabilidade da teoria da deslegatização ao modelo brasileiro, são as lições de Marçal JUSTEN FILHO³³:

De todo modo, situação similar não se admite no Brasil. Mais precisamente, há apenas uma via para atribuição de competência legiferante delegada ao Executivo. Trata-se da lei delegada. Mais ainda, seria inquestionavelmente inconstitucional, perante nossa ordem jurídica, que o Congresso Nacional resolvesse atribuir ao Executivo o poder de, mediante decretos, revogar leis e editar a disciplina sobre certas matérias.

E acrescenta o mencionado autor:

Aliás, esse segundo aspecto envolve questão ainda mais grave. Até se poderia imaginar que uma lei decretasse revogadas todas as leis anteriores incompatíveis com certos princípios e remetesse ao Executivo elaborar uma espécie de consolidação do Direito vigente. Mas seria inconcebível, em face da ordem brasileira, que uma lei determinasse que a nova disciplina de certos assuntos fosse veiculada pelo Executivo por meio de um decreto.

De fato, não se pode tomar teorias que funcionam (ou parecem funcionar) em outros ordenamentos e aplicá-las ao Direito brasileiro sem levar em conta a

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 497.

rigidez da nossa Constituição e os limites jurídicos do nosso sistema legislativo e administrativo.

5. CONCLUSÕES: DISCRICIONARIEDADE REGULAMENTAR, UMA POSSÍVEL RESPOSTA

É certo que o exercício de competências normativas pelas agências reguladoras não prescinde, nem poderia prescindir, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, da existência prévia de disciplinamento da matéria por meio de lei em sentido formal. Todavia, é também inquestionável que, diante da complexidade das atividades da sociedade moderna, a lei já não dispõe de condições para prever todas as possibilidades e especificidades impostas pela setorialização econômica e social.

Sendo assim, deve ser reconhecida certa margem de discricionariedade para o desempenho de variada atividade normativa por parte da Administração Pública. Nesses casos, constata-se que a lei formal, insuficiente, necessita do exercício de competências normativas gerais e abstratas, produtoras de inquestionável inovação na disciplina legal. E esta atuação normativa do ente administrativo não infringe o princípio da legalidade, na medida em que há uma lei regulando, ainda que minimamente, a matéria e lhe conferindo tal competência.

Como ressalta Marçal JUSTEN FILHO³⁴, o que não se admite é o exercício de competência normativa pela Administração Pública sem o respaldo de uma norma legal:

Não se admite a edição pela autoridade administrativa de regras desvinculadas da existência de uma lei. É descabido o exercício de competência normativa autônoma, que desencadeie a disciplina regulatória para um campo específico sem autorização e disciplina legislativa prévia. Mais ainda, não se admite que o regulamento ultrapasse os limites, o espírito ou o conteúdo da lei.

Todavia, é igualmente impossível que a lei simplesmente transfira a competência normativa para o regulamento, como ocorre na técnica da deslegalização.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 497.

Destarte, a atuação normativa do regulamento, ainda quando tenha caráter inovador, objetiva proceder a *fidel execução da lei* (em sentido amplo, conforme apreciado no item 3). Isso porque o legislador pode decidir por reger integral e minuciosamente determinada matéria. Mas pode também adotar disciplina não exaustiva, atribuindo ao administrador o poder de regular os detalhes da aplicação concreta dos princípios e objetivos legais. Trata-se da atribuição de competência discricionária.

Tal mecanismo é qualificado por Eduardo García de ENTERRÍA³⁵ como delegação remissiva. Explica o autor:

La Ley renuncia a regular em su totalidad la materia y llama para concluir esa regulación a otra norma, a la que entrega la disponibilidad necesaria para ello.

Outros autores, como Marçal JUSTEN FILHO³⁶ e Robertônio Santos PESSOA³⁷ preferem falar em delegação normativa secundária. Esclarece Marçal JUSTEN FILHO:

Mas pode dar-se uma delegação normativa de cunho secundário. Reconhece-se ao Legislativo a faculdade de optar entre adotar uma disciplina exaustiva e completa ou de estabelecer as regras básicas e essenciais. Nesse último caso, remete-se explícita ou implicitamente à regulamentação pelo Executivo. Trata-se, enfim, de uma escolha do legislador. (...) Mas também se admite que a lei adote disciplina que deixa margem para maior autonomia do seu aplicador. Nesses casos, um ou mais dos pressupostos de incidência da norma ou uma ou mais das determinações mandamentais não estão disciplinadas de modo exaustivo através da lei. Atribui-se ao aplicador a competência para identificar os pressupostos ou determinar os comandos normativos para o caso concreto. Nesse caso, surge para o aplicador da lei uma competência discricionária.

³⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 197.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 513.

³⁷ PESSOA, Robertônio Santos. Manuscritos da sua tese Configuração atual da competência normativa da Administração Pública, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. p. 182.

Essa discricionariedade regulamentar é atribuída pela lei mediante a utilização de conceitos amplos, de conteúdo relativamente indeterminado ou determinável de acordo com os conhecimentos técnicos do administrador (no caso, da agência reguladora). Desta forma, diante da margem discricionária aberta pela lei, poderá o administrador exercer atividade normativa, inclusive inovadora em relação ao ordenamento jurídico.

Não há no Direito brasileiro vedação a tal procedimento “remissivo” por parte da norma legal. Trata-se da discricionariedade regulamentar, uma das vertentes da discricionariedade administrativa (amplamente debatida doutrinariamente), e a explicação mais razoável para o poder normativo das agências reguladoras brasileiras.

O que se mostra impossível é a simples renúncia da lei no disciplinamento da matéria, transferindo-a ao regulamento (a pretendida deslegalização). Nesse sentido, tem sido, embora de forma ainda não consolidada, o entendimento do Pretório Excelso, que ao apreciar a legislação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, na ADIN n.º 1668/DF (Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 16.04.2004, p. 00052), suspendeu a eficácia de dispositivo que conferia ao ente regulador competência para dispor sobre licitação de outorga de serviço de telefonia de maneira diversa da prevista na Lei n.º 8.666/93.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. In *RDA*. Rio de Janeiro, 225, jul/set, 2001.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. In: *RDA*. Rio de Janeiro, jan/mar, 2000.
- CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3 ed. Madrid: Editorial civitas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. trad. Pedro Vieira Mota, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 152.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PESSOA, Robertônio Santos. Tese *Configuração atual da competência normativa da Administração Pública*, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL (Uma abordagem especial quanto aos princípios inspiradores dos Juizados Especiais e à questão da subsidiariedade)

Luciana de Medeiros Fernandes

Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UFPE

Professora universitária

“Art. 8º Garantias judiciais.

§1º Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

(Convenção Americana sobre Direitos Humanos – San José da Costa Rica – 1969)

Sumário: 1. Introdução – Princípios jurídicos: conceitos, funções, classificação e importância. Plano de trabalho; 2. Os princípios gerais do direito processual; 3. Princípios dos Juizados Especiais; 4. O princípio da subsidiariedade: a relação entre o direito processual comum e as leis de regência dos Juizados Especiais; 5. Conclusão: a evolução do direito processual; Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO – PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONCEITOS, FUNÇÕES, CLASSIFICAÇÃO E IMPORTÂNCIA. PLANO DE TRABALHO.

Princípio se traduz por começo, origem, causa, germe, base, razão, “verdades primeiras”¹. Trata-se, por conseguinte, de uma expressão a qual se pode

¹ V. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 228-229.

atribuir várias acepções: princípio como designação do que inicia, do que precede, de proveniência; princípio como preceito fundamental, como núcleo, alicerce ou suporte essencial de um sistema; princípio como elemento motivador, movente e de identificação de uma estrutura, mandamento determinante, justificador, diretivo e de percepção. É vocábulo que se pode dizer plurívoco, não obstante deva se reconhecer que, de certo modo, todos os seus sentidos convergem para a idéia de fonte (de raiz, de sustentação e de movimento). José CRETELLA Neto caracteriza o termo como “equivoco e, em certos casos, análogo”, afirmando que, na linguagem comum, princípio é antônimo de término, mas, na significação científica, princípios são “proposições básicas, fundamentais e típicas”, que sustentam toda e qualquer ciência². Miguel REALE define-os como “‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *praxis*”³. Os princípios jurídicos ou princípios de direito podem ser identificados, inicialmente, como enunciados fundamentais embaixadores do direito, as razões informadoras e edificadoras do sistema jurídico e das suas estruturas e instituições. Celso Antônio Bandeira de MELLO, sempre citado na matéria, assevera que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”⁴.

Eros Roberto GRAU, citando Genaro CARRIÓ e Jerzy WRÓBLEWSKI, especificamente quanto aos princípios jurídicos, aponta para a polissemia da expressão. Realça a distinção promovida por Antoine JEAMMAUD entre “princípios gerais de direito” e “princípios jurídicos como regras jurídicas”, estando estes explicitamente previstos (positivados) nos textos jurídicos (e sendo considerados segundo critérios de vigência e eficácia), e correspondendo, aqueles, a

² CRETELLA Neto, José. Fundamentos Pirncipiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 01-04.

³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 305.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 629-630.

proposições não-positivadas, não-normativas. Assevera, Eros Roberto GRAU, que tal diferenciação não seria de todo adequada, na medida em que os princípios não se confundiriam com as regras jurídicas – “regulamentação de caráter geral” –, bem como porquanto a expressão “princípios gerais de direito” seria, de igual modo, polissêmica. Assim, agasalha a separação proposta por JEAM-MAUD, distanciando-se, contudo, da terminologia “princípios jurídicos como regras jurídicas”, e utilizando-se da expressão “princípios positivos de direito”, para distingui-los dos “princípios gerais de direito” ou “princípios descobertos do ordenamento positivo”. Estes, por sua vez, poderiam assumir dois sentidos distintos: a) conjunto dos preceitos descritivos do direito em geral e b) parcela das proposições de determinado ordenamento jurídico que, embora não explicitadas em textos normativos, encontram-se contempladas, em “estado de latência”, nesse ordenamento. GRAU perfaz, então, a distinção entre princípios e regras, dotados, todos eles, de normatividade (normas como enunciados prescritos de dever ser). Esse caráter normativo, quanto aos princípios, verifica-se nos princípios positivados – expressos em textos normativos escritos –, bem como nos princípios gerais de direito, no sentido indicado no item b acima⁵.

Dos ensinamentos de DWORKIN e ALEXY decorrem três pontos de dissonância entre as espécies normativas referidas: a) a verificação de uma exceção, não enunciada teoricamente, à aplicação de princípio jurídico não resulta na sua extirpação da ordem jurídica ou no reconhecimento de sua incompletude; as regras jurídicas, por sua vez, ou se aplicam integralmente, ou não são aplicáveis, de modo que a existência de exceções, não enunciadas ao lado da correspondente regra jurídica, impõe a conclusão pelo defeito normativo excludente da regra; b) os princípios aplicam-se a uma série indefinida de situações; as regras, a situações jurídicas determinadas (embora indeterminadas quanto ao número); c) no caso de conflito entre princípios (antinomia jurídica imprópria), nenhum dos princípios será eliminado do sistema jurídico, pois, entre eles, não haverá propriamente antinomia, mas apenas uma relação de coexistência-afas-

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 76. Paulo BONAVIDES destaca que o “traço de normatividade” constitui o “passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios”. Cita, o autor, os seis conceitos de princípio propostos por Ricardo GUASTINI, tendo por elemento comum a normatividade: a) princípio como norma dotada de alto grau de generalidade; b) princípio como norma dotada de alto grau de indeterminação; c) princípio como norma programática; d) princípio como norma hierarquicamente superior; e) princípio como norma fundamental do sistema; f) princípio como normas de orientação na escolha de disposições normativas aplicáveis no caso. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 230-231.

tamento, gerada pela maior adequação de um dos princípios ao momento e à situação (aplicação por ponderação); na hipótese de conflito entre regras, uma delas será eliminada do sistema jurídico, para que a outra incida (aplicação por subsunção). Ou, ainda, aos princípios se atribui dimensão de peso e importância; às regras, dimensão de validade⁶. Segundo ALEXY: “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização”; “regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas, se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, mandamentos definitivos”⁷. De conformidade com DWORKIN: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...). / Mas não é assim que funcionam os princípios (...). Mesmo

⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 89-99, e ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998. CANOTILHO apresenta os seguintes critérios de distinção: “a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípios do Estado de Direito); d) ‘Proximidade’ da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou da ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Lisboa: Almedina, s/d, pp. 1144-1145.

⁷ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998.

aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”⁸.

Sublinhe-se a importância que tem sido conferida à distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos – sendo ambos, segundo se sustenta, espécies do gênero norma jurídica (preceito de regulamentação jurídica das condutas humanas em sociedade, ordenador de obrigações jurídicas) –, com a ênfase dos princípios. Pode-se afirmar que esse relevo se deve, de certa maneira, à inserção dos princípios nos textos normativos – especialmente na Constituição –, resultante do reconhecimento de sua força coercitiva, e à crescente tendência de invocação dos princípios nas discussões jurídicas, seja na sua vertente teórica ou zetética, seja no contexto da aplicabilidade ou de concretização da solução dos conflitos intersubjetivos juridicamente relevantes. Os princípios avultam, assim, como verdadeiras normas de conduta, e não meramente como diretrizes hermenêuticas.

Despertou-se, por assim dizer, para o fato de que os princípios jurídicos – escritos ou implícitos – representam as bases sobre as quais o direito se constrói e das quais ele deriva (as regras jurídicas, inclusive, seriam concreção dos princípios), ou, dito de outro modo, os elementos fundamentais que inspiram o sistema jurídico e que, portanto, devem funcionar como orientadores preferenciais da interpretação, da aplicação e da integração normativa, com o conseqüente afastamento de uma postura mais legalista. Mais que isso, vislumbrou-se que os princípios de direito não estão localizados fora do sistema jurídico positivo (no direito natural, *exempli gratia*), mas sim no seu interior (com promoção da unidade e da coerência sistêmica), conquanto não se confundindo com as regras jurídicas, bem como que, muitos deles, embora não consagrados com estrutura de regra jurídica ou especificados como proposições jurídicas escritas particulares, detêm normatividade, dada a função que lhes é reservada⁹.

Paulo BONAVIDES bem analisa a evolução observada no processo de juridicização dos princípios. Destaca ele a existência de três fases. A primeira é chamada jusnaturalista e nela “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postu-

⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 89-99.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 232 e 234.

lados de justiça”. Nessa etapa, os princípios eram concebidos como “axiomas jurídicos”, “normas universais de bem obrar”, decorrentes de um direito ideal¹⁰. A segunda fase, é a juspositivista, na qual os princípios eram considerados como “fontes normativas subsidiárias”, derivadas da própria lei, confirmadores, assim, do império da norma legal, tendo em conta que afastariam, por sua atribuição supletória, a possibilidade de lacunas¹¹. Por fim, tem-se a fase do pós-positivismo. Nesse momento, aos princípios se confere a normatividade inerente ao conceito de direito, fundada na generalidade e na “fecundidade” (Domenico FARIAS), ou seja, atribui-se-lhe a condição de “fonte primária de normatividade”, de “normas-chaves de todo o sistema jurídico”. BONAVIDES sublinha, em relação a essa fase, que “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”, bem como que, ao lado do processo de constitucionalização dos princípios, teve particular importância, no desenvolvimento da idéia de princípio como norma, o apadrinhamento dos princípios gerais de direito pelas Cortes Internacionais de Justiça¹². Por fim, BONAVIDES ressalta que, para a teoria contemporânea dos princípios, deve-se reconhecer a “superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundido com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”¹³. Remata, o autor:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade nor-

¹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 235-237.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 237-259.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 265.

mativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda do seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretudo por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo dos seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios¹⁴.

Os princípios jurídicos desempenham, nessa contextura, várias funções: a) fundamentadora, isto é, constituem-se em fundamento da ordem jurídica; b) normativa, ou seja, regulatória das condutas humanas juridicamente relevantes; c) interpretativa e esclarecedora, no sentido de que orientam o processo de investigação do conteúdo e do alcance das regras jurídicas, por serem, estas, numa análise mais percuciente, expressão de princípios; d) criadora, integradora e supletiva (subsidiariedade), na medida em que preenchem as lacunas existentes em razão de deficiência da lei; e) diretiva, porquanto funcionam como rumo, indicando objetivos a serem alcançados; f) hierarquizadora de preceito normativos, segundo os valores a serem protegidos; g) favorecedora da unidade e da coerência do sistema jurídico, funcionando como normas-vínculos.

Os princípios podem ser classificados de acordo com distintos critérios. REALE, por exemplo, distingue, consoante o âmbito de aplicação, entre princípios omnivalentes (válidos para todas as espécies de saber), princípios plurivalentes (aplicáveis a vários campos do conhecimento) e princípios monovalentes (válidos apenas para determinada ciência)¹⁵. Seguindo o mesmo raciocínio, CRETELLA Neto enumera os princípios onivalentes ou universais (como os da identidade, da não-contradição, do terceiro excluído e da razão suficiente), os princípios plurivalentes (como o da conservação da energia, válidos para a Física e para a Química, e o dos rendimentos decrescentes, da Economia), os princípios monovalentes (como os da legalidade e da inescusabilidade no cumpri-

¹⁴ Cf. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 306.

¹⁵ Cf. CRETELLA Neto, José. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 05-09.

mento da lei, aplicáveis unicamente no campo da Ciência Jurídica) e os princípios setoriais ou regionais, enquanto “proposições básicas em que repousam os diversos setores em que se baseia determinada ciência”¹⁶. No contexto do direito constitucional, portanto de forma mais setORIZADA, CANOTILHO elenca os “princípios jurídicos fundamentais” (“princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”), os “princípios políticos constitucionalmente conformadores” (“que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”), os “princípios constitucionais impositivos” (“impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”) e os “princípios-garantia” (“visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos”)¹⁷.

Nelson NERY Júnior, por sua vez, classifica os princípios em informativos (axiomas que prescindem de demonstração, “não se baseiam em outros critérios que não os estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico”) e fundamentais ou gerais (“princípios sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos”)¹⁸. Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, o apartamento entre princípios informativos e gerais se dá, na medida em que os primeiros estão associados a aspirações ou projeções ideais de aperfeiçoamento, enquanto os segundos, embora animados pelos primeiros, se circunscrevem, com maior precisão, ao contexto da dogmática jurídica de “conformação do direito positivo”¹⁹.

No âmbito do direito processual, importante se mostra a percepção dos chamados princípios informativos, na medida em que correspondem a enunciados que se destinam ao aprimoramento do processo. Assim, pode ser reputada

¹⁶ CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Lisboa: Almedina, s/d, pp. 1149-1151.

¹⁷ NERY Júnior, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, p. 30.

¹⁸ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 50-51.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

clássica – no sentido de que não perdeu as luzes com o transcurso do tempo – a classificação proposta para os princípios informativos, a saber²⁰:

- a) **princípio lógico**: “seleção de meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro”. Esse princípio congrega a duas maiores preocupações da atualidade, no tocante ao processo, quais sejam a efetividade e a razoabilidade dos prazos processuais, questões que, em conjunto, remetem ao tema da instrumentalidade do processo, permeando este, de resto, todos os demais princípios que se seguem. Cuida-se de desenvolver mecanismos e procedimentos através dos quais se possa prestar a tutela postulada com celeridade, utilidade e precisão, segundo as necessidades trazidas à juízo e respaldadas em dada realidade fática;
- b) **princípio jurídico**: igualdade e, pois, equilíbrio, no tratamento das partes do processo, justiça como escopo máximo a ser alcançado. Compreende a percepção das disparidades que podem existir entre as partes da relação processual, bem como invoca a necessidade de que seja promovida a equilibração jurídica, como forma de respeito a todas as esferas jurídicas envolvidas. Consagra, ainda, o fim último e o esteio de legitimação do processo, a realização da justiça, haja vista que o processo não se confunde com simples técnica, envolvendo o conceito mais complexo de relação processual, arcabouço ético;
- c) **princípio político**: “o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade”. A finalidade do processo – abandonada a visão privatista (processo como técnica de solução de conflito intersubjetivo) e enaltecido seu caráter social (processo como garantidor da justiça e da paz social pela promoção de provimento judicial ou administrativo célere e profícuo) –, não prescinde do respeito às liberdades individuais;
- d) **princípio econômico**: “processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração”. De acordo com esse postulado, impõe-se a adoção de medidas processuais que promovam a inserção dos hipossuficientes no contexto do Estado judiciário, de modo que efeitos financeiros do processo incidam apenas em relação aos que têm condi-

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

ções econômicas de por eles responder. Demais disso, está a se exigir a evolução para um “processo de curto prazo”, no qual a tutela processual seja ofertada com a maior brevidade possível, em nome mesmo da utilidade que pretenda ensejar.

Ao lado dos princípios informativos, o direito processual conta com princípios gerais ou fundamentais. Estes constituem, especificamente, o objeto deste trabalho. Serão estudados, nesta monografia, os princípios gerais do direito processual, especialmente à vista da Constituição Federal brasileira de 1988, por força mesmo da indicação de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO de que “é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo”²¹, correspondendo esta a um “sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual”²². Em síntese, considerado o campo de abrangência da disciplina Teoria Geral do Processo – não adstrita às especificidades dos ramos civil, penal, trabalhista, administrativo, dentre outros –, analisar-se-ão os preceitos fundamentais do direito processual, genericamente considerado, tendo por substrato básico as disposições constitucionais pertinentes. Essa apreciação permitirá, na continuidade da perquirição, a melhor compreensão dos princípios que norteiam os Juizados Especiais, representativos estes, por assim dizer, de um “novo processo” – concretizador da regra do irrestrito acesso à justiça e guiado fundamentalmente pelos princípios da economia, da oralidade e da simplicidade –, “resposta adequada e moderna às exigências contidas nos princípios constitucionais do processo (processo acessível, aberto, gratuito em primeiro grau de jurisdição, ágil, simples e concentrado, permeável a um grau elevadíssimo de participação das partes e do juiz)”²³. Devendo, ainda, ser considerado, quanto a este “processo especial”, o princípio da subsidiariedade, no tocante à complementariedade que se busca no processo comum.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82.

A relevância do estudo ora proposto já foi destacada em linhas anteriores. Os princípios abandonaram a posição secundária e abstrata, na estrutura do sistema jurídico, e se impuseram, com particular concreção, como fundamentos da ordem jurídica e com autoridade normativa. São, não raras vezes, invocados como razão de decidir, pelos juízes e tribunais, e, com a sua crescente constitucionalização, passaram a figurar, com especial fulgor, nas decisões do Pretório Excelso. Além disso, têm, os princípios, por sentido, a unidade e a congruência do campo jurídico correspondente.

Assim, justificada a análise, passa-se ao plano do trabalho. No item que segue, serão tecidas considerações sobre os princípios gerais do direito processual. Na terceira parte da monografia, serão analisados os princípios que embasam os Juizados Especiais, para, em seguida (quarto item) serem lançados olhos à questão do aproveitamento das disposições normativas do direito processual comum nos Juizados Especiais. Concluir-se-á com o traçado da evolução do direito processual, enquanto reflexo, em certa medida, do refinamento dos seus princípios.

2. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL.

Dentre os princípios fundamentais do direito processual, alguns repousam expressamente no corpo da Constituição Federal brasileira de 1988, consoante se apreende dos enunciados que seguem transcritos:

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:

...

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

...

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

...

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

...

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

...

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

Desses dispositivos se extraem, ao lado da *regra-mater* do pleno acesso à justiça (direito de ação e de defesa) e embasados no super-princípio do devido processo legal, os princípios da igualdade processual, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, da imparcialidade do juiz e da motivação das decisões. De se descartar, outrossim, como preceitos essenciais do direito processual: o princípio da ação, o princípio da livre investigação das provas, o princípio do impulso oficial, o princípio da persuasão racional do juiz, o princípio da lealdade processual, o princípio da instrumentalidade das formas e o princípio do duplo grau de jurisdição. Pela saliência, convém analisar cada um dos princípios apontados.

O devido processo legal.

*CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTROLE JUDICIAL: C.F., art. 5º, LV e XXXV. I. - Alegação de ofensa ao **devido processo legal**: C.F., art. 5º, LV. A ofensa ao preceito inscrito no art. 5º, LV, se ocorrente, seria indireta. A ofensa direta teria ocorrido relativamente à norma processual, de índole infraconstitucional. II. - **Decisão contrária aos interesses da parte não constitui negativa de prestação jurisdicional**. III. - Agravo não provido.*

(STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 315318/SP, Rel. Min. Calos Velloso, j. em 05/03/2002, publ. em DJ de 05/04/2002) – Grifos que não estão no original.

*EXTRADIÇÃO - REPÚBLICA POPULAR DA CHINA - CRIME DE ESTELIONATO PUNÍVEL COM A PENA DE MORTE - TIPIFICAÇÃO PENAL PRECÁRIA E INSUFICIENTE QUE INVIABILIZA O EXAME DO REQUISITO CONCERNENTE À DUPLA INCRIMINAÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO. PROCESSO EXTRADICIONAL E FUNÇÃO DE GARANTIA DO TIPO PENAL. - O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As **normas de incriminação que desatendem a essa exigência de objetividade - além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal - qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional. EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a **garantia do due process of law**. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões***

*ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). EXTRADIÇÃO E DUE PROCESS OF LAW. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do due process of law, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante - impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO). O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a **garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente**. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao fair trial atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição. EXTRADIÇÃO, PENA DE MORTE E COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO. - O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do supplicium extremum, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assuma o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. O Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar a pena de morte em pena privativa de liberdade, não necessitando comprovar, para esse efeito específico, que se acha formalmente autorizado pelo Ministério das Relações Exteriores de seu País. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, n. 1, "a" - outorga à Missão Diplomática o poder de representar o Estado acreditante ("État d'envoi") perante o Esta-*

do acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa eminente função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. NOTA DIPLOMÁTICA E PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. A Nota Diplomática, que vale pelo que nela se contém, goza da presunção juris tantum de autenticidade e de veracidade. Trata-se de documento formal cuja eficácia jurídica deriva das condições e peculiaridades de seu trânsito por via diplomática. Presume-se a sinceridade do compromisso diplomático. Essa presunção de veracidade - sempre ressalvada a possibilidade de demonstração em contrário - decorre do princípio da boa fé, que rege, no plano internacional, as relações político-jurídicas entre os Estados soberanos. VALIDADE DO MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO ESTRANGEIRO REQUERENTE. - O ordenamento positivo brasileiro, no que concerne aos processos extradicionais, não exige que a ordem de prisão contra o extraditando tenha emanado, necessariamente, de autoridade estrangeira integrante do Poder Judiciário. Basta que se cuide de autoridade investida, nos termos da legislação do próprio Estado requerente, de atribuição para decretar a prisão do extraditando. Precedente.

(STF, Extradicação 633/CH, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28/08/96, publ. em DJ de 06/04/2001) – Grifos que não estão no original.

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) abarca “o conjunto das garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”²⁴. Compreende, por conseguinte, todos os instrumentos destinados a alcançar a justa composição da lide e, conseqüentemente, a justa solução a ser aplicada ao conflito de interesses (devido processo legal como sinônimo de processo justo). Cuida-se de exercitar o processo,

²⁴ NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, pp. 32 e 42: “Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente descipiendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas pela administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”.

com clareza, completude e razoabilidade, de acordo com as normas jurídicas de regência, por todos conhecidas, sem atropelamentos atentatórios da segurança e da certeza jurídicas, bem como de conformidade com as exigências de ampla e equável participação das partes envolvidas na contenda.

A envergadura da significação do princípio do devido processo legal é de tal ordem que ele é considerado um princípio-gênero, “do qual todos os demais princípios constitucionais são espécie”, aspecto que tornaria mesmo desnecessária a enumeração das garantias que lhe são correlatas²⁵. De fato, em seu bojo concentram-se as garantias do juiz natural – ou seja, do direito a julgamento por autoridade competente, nos termos da lei, bem como da vedação aos juízos de exceção –, da igualdade, do contraditório e da ampla defesa – instrumentos asseguradores do necessário equilíbrio processual –, da transparência das decisões – seja pela publicidade a elas conferida, seja através da explicitação das razões que justificaram a sua produção –, da inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos, da inviolabilidade do domicílio, do sigilo de comunicação e de dados, da infranqueabilidade do domicílio. Na esfera penal, o direito da pessoa de não ser privada de sua liberdade e dos seus bens sem a exercitação do processo na forma da lei se fraciona em inúmeras garantias – todas contidas no art. 5º, da CF/88: o da pessoalidade e individualização da pena, o da presunção de inocência ou de não-culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o da proibição de identificação criminal para os já civilmente identificados, o da informação de direitos ao preso, o da obrigatoriedade de relaxamento da prisão ilegal.

A igualdade processual.

IGUALDADE PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE MALTRATO AO ART. 153, PAR. 1. DA ANTERIOR CONSTITUICAO FEDERAL. Não há maltrato ao princípio constitucional da igualdade, por ter o Tribunal determinado a realização de determinada prova, embora possa não tê-la pedido a parte contrária. Só haveria maltrato ao princípio, se tivesse sido deferido o pedido de provas a um dos contendores e negado a outro, sendo as provas requeridas por ambos os contendores igualmente necessárias ao esclarecimento dos fatos. Sa-

²⁵ Expressão utilizada por Theotônio NEGRÃO, ao comentar o art. 125, I, do CPC (nota 7b). In NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 32ª ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 223.

ber-se se, no caso, o Tribunal excedeu-se, ou não, ao determinar diligências para esclarecimento dos fatos, é questão que se situa nos limites da processualística, segundo o art. 123, I, do Código de Processo Civil, não se elevando ao patamar constitucional.

(STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 130583/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 06/11/91, publ. em DJ de 31/05/91) – Grifos que não estão no original.

Trata-se de especialização do princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei. De acordo com o princípio da igualdade processual, a todos os sujeitos da relação processual deve ser assegurado tratamento paritário. Nesse sentido, ao julgador não se admite que dê “mão forte a uma das partes, em detrimento da outra”²⁶, na medida em que a elas devem ser garantidas as mesmas oportunidades e “igualdade de armas”²⁷. Note-se, contudo, que a igualdade pressupõe respeito às diferenças, assim “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”²⁸. O princípio da igualdade, assim, associa-se ao princípio da proporcionalidade. Conseqüentemente, encontram-se justificados – a despeito das numerosas críticas – e são, em verdade, corolários da realização da justiça: as prerrogativas de prazo concedidos à Fazenda Pública e ao Ministério Público, em vista da natureza dos interesses (públicos) que representam; a previsão da remessa *ex officio*, vencida a Fazenda Pública, pelo mesmo motivo; a regra da inversão do ônus da prova em sede de relações de consumo e de trabalho, face à hipossuficiência de uma parte em relação à outra, inclusive pela consideração do postulado do *in dubio pro misero*; em sede de processo penal, o princípio do *favor innocentiae* ou *favor rei*, ou seja, “no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se

²⁶ NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, p. 152.

²⁷ NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, p. 44.

²⁸ Citando BETTIOL, TOURINHO Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70 (vol. I).

quiser assistir o triunfo da liberdade”²⁹; as regras diferenciadas de condenação em honorários advocatícios, bem como de dispensa do pagamento de custas iniciais e recursais. Não macula, outrossim, o princípio da igualdade processual a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita aos pobres na forma da lei. Frise-se que o equilíbrio decorrente da concretização do princípio da igualdade processual favorece grandemente a busca pelo resultado justo, sendo, deste, pressuposto inafastável.

O princípio da isonomia processual se realiza, demais disso e especialmente, pela plena cientificação das partes em relação à instrução e aos atos processuais (contraditório e ampla defesa). Assim, os sujeitos da relação processual devem ser informados sobre as pretensões demandadas, bem como devem ter acesso ao conjunto probatório, além de que a eles devem ser oferecidas iguais possibilidades de manifestação e de impugnação de decisões desfavoráveis.

O princípio da igualdade, considerado, de forma ampla, como atenção às desigualdades, bem assim como igualdade substancial, e não meramente formal (a efetiva igualdade), encontra reflexos particularmente nos **Juizados Especiais**, na medida em que estes se sustentam na especificidade de determinadas situações (causas de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo), que estão a exigir tratamento diferenciado daquele usualmente adotado, bem como consagram a idéia de “democratização” ou “socialização” do processo³⁰, alargando, simplificando e tornando menos formais (desformalização) os instrumentos de acesso à justiça, para alcançar maior número de jurisdicionados, sobretudo os mais carecidos (economicamente e de informação), e, em conseqüência, reduzindo a chamada “litigiosidade contida”³¹.

Não se pode deixar de realçar, nessa contextura, que certas garantias, anteriormente destacadas como privilégios processuais conferidos a uma das partes da relação processual, plenamente justificadas – segundo entendemos –

²⁹ V. CAPPELLETTI, Mauro. O Processo Civil no Direito Comparado. Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Edtora Líder, 2001, pp. 54-58.

³⁰ Expressão de Kazuo Watanabe analisada por DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 114-116 (vol. I). Ainda, DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

³¹ NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, p. 137.

no processo comum, a exemplo dos prazos diferenciados em favor da Fazenda Pública e da remessa obrigatória, não encontram albergue nos **Juizados Especiais**, cujo rito acelerado com elas não se coaduna. Assim, dispõe o art. 9º, da Lei nº 10.259/2001, que “não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recurso, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias”. Em igual direção, estabelece o art. 13, da mesma Lei, que “nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.

O contraditório e a ampla defesa.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA.

1. A Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 2. Procedimento administrativo. Demissão de servidor público admitido por concurso público. Inobservância ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Nulidade. Agravo regimental não provido.

(STF, Agravo Regimental do RE 339987/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 17/09/2002, publ. em DJ de 14/11/2002) – Grifos que não estão no original.

MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO: NÃO-OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 185, I, DA CONSTITUIÇÃO. QUESTÕES QUE IMPLICAM DILAÇÃO PROBATÓRIA INCABÍVEIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Cerceamento ao direito de ampla defesa e do contraditório. Não-ocorrência. Oportunidade concedida aos impetrantes de interpor recursos administrativos. 2. Comprovado que os impetrantes possuem mais de uma propriedade, não se lhes aplica a ressalva disposta no inciso I do artigo 185 da Carta Federal. 3. A individuação das áreas dá-se pela sua matrícula no cartório de registro de imóveis. Pouco importa a ausência de marcos

físicos que exteriorizem seus limites. 4. Matéria acerca de possíveis erros de cálculo dos módulos e sobre critérios políticos adotados pela autoridade coatora não pode ser apreciada em mandado de segurança, por depender de dilação probatória. Segurança denegada.

(STF, Mandado de Segurança 23727/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 26/06/2002, publ. em DJ de 20/09/2002) – Grifos que não estão no original.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são a expressão mais fulgente do Estado democrático de direito, corolários do devido processo legal, associando-se intimamente ao princípio da igualdade processual, como anteriormente sublinhado. “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”³². Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “O juiz, por força do seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz”³³.

Nelson NERY Júnior, por sua vez, realça as várias nuances assumidas pelo princípio do contraditório nos diferentes ramos do direito³⁴: no âmbito penal, vige o contraditório efetivo – exigência de “defesa técnica substancial do réu, ainda que revel” –; na seara civil, menciona-se o contraditório como “bilateralidade da audiência” – no sentido de suficiência da citação do demandado –; no campo administrativo, concebe-se o princípio do contraditório como “princípio da audiência do interessado”, “princípio da acessibilidade aos elementos do expediente” e “princípio da ampla instrução probatória”³⁵. Não há que se

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

³³ Cf. NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, pp. 137-140.

³⁴ Quanto a estes três últimos, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 361-362.

³⁵ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361.

falar, entretanto, em contraditório em sede de inquérito policial, enquanto simples procedimento inquisitivo de colheita de provas, em que não há ainda acusados ou litigantes.

Alexandre de MORAES distingue o contraditório da ampla defesa, asseverando que “por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”³⁶. Os conceitos apresentados apontam para a necessidade da efetivação regular de todas as comunicações processuais, bem como para a excepcionalidade que caracteriza a concessão de tutelas de urgência, pedidas por uma das partes, sem a audiência da outra.

A publicidade.

HABEAS CORPUS. AMPLA DEFESA. PAUTA: FALTA DE PUBLICAÇÃO. A garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5.-LV da CF) e o princípio da publicidade (artigo 93-IX da CF) foram frustrados por não terem o réu e seu defensor ciência do julgamento de seu interesse. Ordem concedida.

(STF, HC 71250/RJ, Rel. Min. Francisco Resek, j. em 25/10/94, publ. em DJ de 04/08/95) – Grifos que não estão no original.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.034, DE 03/05/95: ART. 3º E SEUS PARÁGRAFOS: DILIGÊNCIA REALIZADA PESSOALMENTE PELO JUIZ. PRELIMINARES: LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AÇÃO CONHECIDA. FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA: USURPAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVIDO PROCESSO LEGAL: INEXISTÊNCIA DE OFENSA. IMPAR-

³⁶ NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002, p. 73.

CIALIDADE DO JUIZ: NÃO HÁ COMPROMETIMENTO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: OFENSA NÃO CARACTERIZADA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. (...).
2. (...)
3. Mérito do pedido cautelar: a) a Lei nº 9.034/95 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado; b) não há dúvida que a Lei nº 9.034/95 subtraiu da Polícia a iniciativa do procedimento investigatório especial, cometendo-o diretamente ao juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente o acesso a dados, documentos e informações protegidos pelo sigilo constitucional, o que, mesmo antes do seu advento, já estava a depender de autorização judicial para não caracterizar prova ilícita; c) aceitável, em princípio, o entendimento de que se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistente impedimento constitucional ou legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente, com a dispensa do auxílio da polícia judiciária, encarregando-se o próprio magistrado do ato; d) o art. 3º da Lei nº 9.034/95 está inserido em um sistema que, tendo por corolário o dever do Estado, objetiva a prestação da segurança pública, a apuração das infrações penais e a punição dos infratores; e) as normas contidas no art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º não devem ser interpretadas como limitativas do dever da prestação jurisdicional, cuja extensão vai desde a apuração dos fatos até a decisão judicial, elástico esse compreendido no conceito de exercício da magistratura; f) competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária; g) a participação do juiz na fase pré-processual da persecução penal é a garantia do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os voltados para a intimidade, a vida

privada, a honra e a imagem da pessoa acerca de quem recaem as diligências, e para a inviolabilidade do sigilo protegido pelo primado constitucional; h) não há cogitar-se de violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois os §§ 3º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.034/95 até asseguram o acesso das partes às provas objeto da diligência; i) a coleta de provas não implica valorá-las e não antecipa a formação de juízo condenatório; j) a diligência realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça, não viola o princípio constitucional da publicidade previsto no inciso LX do art. 5º, que admite restringi-lo.

4. *Medida cautelar indeferida.*

(STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1517/UF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30/04/97, publ. em DJ de 14/05/97) – Grifos que não estão no original.

O princípio da publicidade está fundado na necessidade de que o processo se apresente transparente não apenas para os sujeitos da relação processual, mas também para toda a sociedade, funcionando, esta abertura, como importante mecanismo de fiscalização e controle da atuação do julgador, sobretudo em termos de independência e imparcialidade. O amplo acesso ao processo tem, ademais, um sentido educativo, na medida em que tem o condão de esclarecer sobre direitos e instrumentos para obtê-los, assim como uma feição democratizadora, haja vista que permite a aproximação popular em relação às autoridades processantes, legitimando-as a partir do acatamento consciente de suas decisões. Outrossim, quando envolvido, no processo, interesse público, o princípio da publicidade se agiganta, pois sendo tal interesse pertinente à coletividade em sua inteireza, é de se exigir que a todos se permita conhecer a lide e seus problemas e acompanhar todos os desdobramentos da relação processual.

Convém notar, contudo, que o princípio da publicidade não é absoluto, sendo que a própria Constituição estabelece que norma legal poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando – e tão somente – a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (princípio da publicidade estrita). É a publicidade restrita consagrada no *caput* e incisos do art. 155, do CPC – “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em sigilo de justiça os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito à casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores” –, bem como no art. 792, § 1º, do CPP – “As audiências, sessões

e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais (...)./§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes” – e *caput* do art. 20, também do CPP – “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. De igual modo, correm em segredo de justiça, os autos de processos nos quais tenha sido decretada a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico, haja vista a necessidade de se resguardar a intimidade (dignidade) do demandado.

A imparcialidade.

“HABEAS CORPUS” - ALEGACAO DE VICIO NA COMPOSICAO DO ORGAO JULGADOR - INOCORRENCIA - LEI COMPLEMENTAR N. 646/90 DO ESTADO DE SAO PAULO - CONSTITUCIONALIDADE DESSE ATO LEGISLATIVO LOCAL - LEGITIMIDADE DO QUADRO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU - RESPEITO AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL - PEDIDO INDEFERIDO. - O sistema de substituicao externa nos Tribunais judiciais constitui, no plano de nosso direito positivo, materia sujeita ao dominio tematico da lei. Subordina-se, em consequencia, ao principio da reserva legal absoluta, cuja incidencia afasta, por completo, a possibilidade de tratamento meramente regimental da questao. Esse tema - cuja sedes materiae so pode ser a instancia normativa da lei - nao comporta, e nem admite, em consequencia, que se proceda, mediante simples norma de extracao regimental, a disciplina das convocacoes para substituicao nos Tribunais de Justica estaduais. Precedente do STF. Essa orientacao, firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, prestigia o postulado do juiz natural, cuja proclamacao deriva de expressa referencia contida na Lei Fundamental da Republica (art. 5., n. LIII). O principio da naturalidade do Juizo - que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democraticas - atua como fator de limitacao dos poderes persecutorios do Estado e re-

presenta importante garantia de imparcialidade dos juizes e tribunais. Nesse contexto, o mecanismo das substituicoes dos juizes traduz aspecto dos mais delicados nas relacoes entre o Estado, no exercicio de sua atividade persecutoria, e o individuo, na sua condicao de imputado nos processos penais condenatorios. - O Estado de Sao Paulo adotou um sistema de substituicao em segunda instancia que se ajusta, com plena fidelidade, ao modelo normativo consagrado pela Carta Federal. Esse sistema, instituido mediante lei local (Lei Complementar n. 646/90), obedece a mandamento consubstanciado na Carta Politica estadual que, alem de prever a criacao de cargos de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, dispoe que a respectiva designacao, sempre feita pelo Tribunal de Justica, destinar-se-a, dentre outras funcoes especificas, a viabilizar a substituicao de membros dos Tribunais paulistas. - A regra consubstanciada no art. 93, III, da Constituicao da Republica - que apenas dispoe sobre o acesso de magistrados aos Tribunais de Segundo Grau, mediante promocao - nao atua, especialmente ante a impertinencia tematica de seu conteudo material e em face da absoluta ausencia de norma restritiva, como aquela inscrita no art. 144, VII, da revogada Carta Federal de 1969, como causa impeditiva do exercicio, pelos Estados-membros, de seu poder de instituir, mediante legislacao propria concernente a organizacao judiciaria local, sistema de convocacao de Juizes para efeito de substituicao eventual nos Tribunais. - O procedimento de substituicao dos Desembargadores no Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, mediante convocacao de Juizes de Direito efetuada com fundamento na Lei Complementar estadual n. 646/90, evidencia-se compativel com os postulados constitucionais inscritos no art. 96, II, "b" e "d", da Carta Federal, e revela-se plenamente convivente com o principio fundamental do juiz natural. Com isso, resta descaracterizada a alegacao de nulidade do julgamento efetuado pelo Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, com a participacao de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, por evidente inocorrenzia do vicio de composicao do orgao julgador.

(STF, Habeas Corpus 69601/SP, Rel Min. Celso de Mello, j. em 24/11/92, publ. em DJ de 18/12/92) – Grifos que não estão no original.

A postura equidistante e súpica do julgador, em relação aos sujeitos da relação processual, caracteriza o princípio da imparcialidade, um dos pilares

mais relevantes da idéia de processo justo, “garantia da justiça material”³⁷. De acordo com ele, a atuação daquele que decide deve ser marcada pela neutralidade, no sentido da inadmissibilidade de favorecimento indevido ou ilícito de uma das partes em prejuízo da outra. Com vistas a promover essa imparcialidade, a Constituição Federal, em seu art. 95, concedeu aos magistrados algumas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios), mas também previu vedações (exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; recebimento de custas ou participação em processos; exercício de atividade político-partidária). Outrossim, importa também realçar as hipóteses de impedimento e suspeição do julgador, com o conseqüente delocamento da lide a juízo com capacidade subjetiva para decidir. Inserido na concepção de imparcialidade está o princípio do juiz natural – “a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”³⁸.

A motivação das decisões.

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : MATÉRIA DE FATO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. C.F., art. 5º, LV. DECISÃO FUNDAMENTADA. C.F., art. 93, IX. I. - Acórdão assentado na prova: impossibilidade do seu reexame em sede de recurso extraordinário. II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: a ofensa direta, no caso, seria a normas processuais, infraconstitucionais. A ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. III. - Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inc. IX do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada, mesmo porque a decisão com motivação sucinta é decisão motivada (RTJ 73/220). IV. - Agravo não provido.

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52.

³⁸ Nos termos do art. 165, do CPC: “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

(STF, Agravo Regimental no RE 327143/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25/06/2002, publ. em DJ de 23/08/2002) – Grifos que não estão no original.

Além de pública, toda decisão proferida no processo tem de ser suficientemente fundamentada, sob pena de nulidade, ou seja, nela têm de vir destacadas as razões de fato e de direito que nortearam a solução apresentada pelo julgador diante do conflito de interesses. Assim como em relação ao princípio da publicidade, o preceito fundamental da motivação é vigoroso instrumento de verificação da independência e da imparcialidade daquele que decide, na medida em que, a partir da fundamentação, é possível traçar uma evolução do raciocínio decisório, com vistas a aferir a coerência e a razoabilidade da conclusão (dispositivo) frente ao caso concreto analisado. Obviamente que não se exige, para a validade da decisão proferida no processo, a correção da fundamentação ou a superabundância de fundamentação – muito ao contrário, fala-se, hodiernamente, da necessidade de concisão³⁹ e de acessibilidade da linguagem da decisão⁴⁰ –, mas apenas a indicação dos motivos que formaram o convencimento do julgador numa determinada direção. A simplicidade do decidir dirige a atuação do julgador, especialmente, nos **Juizados Especiais**, como será visto mais adiante.

O princípio da ação.

PROCESSUAL CIVIL. LIMITES DA SENTENÇA. PRINCIPIO DISPOSITIVO. DEVENDO O JUIZ, SEGUNDO REZA O ART. 128 DO COD. PROC. CIVIL, DECIDIR A LIDE NOS LIMITES EM QUE FOI PROPOSTA, E ASSIM TAMBEM JULGAR A RESPOSTA DO REU, NAO LHE E DADO, A PRETEXTO DE LIVREMENTE APRECIAR A PROVA, CONSOANTE O ART. 131 DO MESMO CODIGO, EXCULPAR O REU EM VIRTUDE DE DEFESAS QUE NAO APRESENTOU OU NAO TEVE A INICIATIVA DE TORNAR EFEATIVAS.

³⁹ Cf. SILVA, Luís Praxedes Vieira da. O Princípio da Simplicidade nas Decisões Judiciais. Texto gentilmente cedido pelo autor. 2002.

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

(STF, Rec. Extraordinário 91582, Rel. Min. Décio Miranda, j. em 03/10/80, publ. em DJ de 24/10/80) – Grifos que não estão no original.

CONFLITO DE JURISDICAÇÃO. AÇÃO ACIDENTARIA. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO, PELO JUIZ, DO OBJETO DA AÇÃO (ART. 460 DO CPC). CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O TRIBUNAL SUSCITADO.

(STF, Conflito de jurisdição 6052, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/11/76, publ. em DJ de 13.12.76) – Grifos que não estão no original.

Conforme o princípio da ação (*ne procedat iudex ex officio*), ao juiz não é dado iniciar o processo, pela exercitação do direito de ação – que constitui prerrogativa da parte postulante –, nem reconvir – direito exclusivo do demandado –, bem como não lhe é permitido decidir fora ou além dos pedidos que foram formulados. Isso porque o juiz não é parte interessada na relação processual, mas sim aquele que, diante do alegado pelos sujeitos processuais e nos exatos limites das alegações, vai decidir, com sustentação na lei, acerca das pretensões trazidas à discussão, segundo os elementos probatórios coligidos. Por conseguinte, a atuação do julgador é orientada pelo fato de que ele exercita uma função pública, para a qual se exige imparcialidade – seja no tratamento das partes, seja na promoção e na consideração do alcance da demanda – e não pela possibilidade de auferir vantagens, como se interessado fosse, do que decorre suas posições de inação e de enclausuramento/vinculação aos termos do pedido e do contra-pedido. Dizem CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “a idéia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditarse, dando margem hoje ao *processo de ação*”⁴¹. No processo civil, o princípio da ação é enunciado em vários dispositivos do CPC, a exemplo do art. 2º (“Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”) e do art. 128 (“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 das partes”). No processo penal, de outro lado, o princípio da ação corresponde ao processo acusatório, em que, nos crimes de ação pública, a iniciativa competirá ao Ministério Público (na dependência, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de

⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

representação do ofendido ou de seu representante legal), e, nos crimes de ação privada, a iniciativa caberá ao ofendido ou seu representante legal (arts. 24 e 30, do CPP). A regra do estado inercial do julgador, contudo, admite exceções. Assim, muitas matérias podem ser decididas de ofício pelo juiz, como as questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação; procedimentos também podem ser determinados de ofício, como a execução trabalhista (art. 878, da CLT), a abertura de inventário (art. 989, do CPC).

Ao lado do princípio da ação, repousa o princípio da disponibilidade processual: “Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir “da ação”) ou a certas situações processuais”⁴². Fundamenta a possibilidade de conciliação entre as partes, técnica de solução de conflitos cada vez mais apregoada. No âmbito processual penal, predomina o princípio inverso, da indisponibilidade, ainda que mitigado, consoante anteriormente demonstrado, pelo destaque da iniciativa processual, e em virtude da natureza das matérias envolvidas e do acentuado caráter público que domina o ramo do direito penal. O abrandamento do princípio da indisponibilidade ou obrigatoriedade também pode ser constatado no procedimento especial exercitado no âmbito dos **Juizados Especiais**, em sede dos quais se admite a transação em matéria penal, para as infrações de menor gravidade.

O princípio dispositivo e a livre investigação das provas.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DESPACHO SANEADOR. REALIZAÇÃO DE PROVAS POR INICIATIVA DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130.

⁴² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 65. Nos procedimentos administrativos, o princípio vigente também é o da verdade material. V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. rev. atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 363.

Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão pro judicatio. Inexistência. Agravo regimental não provido.

(STF, Agravo Regimental no Agravo Regimental na Ação Rescisória 1538, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 04/10/2001, publ. em DJ de 08/02/2002) – Grifos que não estão no original.

Exame de corpo de delito. Prisão preventiva. O artigo 167 do Código de Processo Penal, embora so aluda ao suprimento da falta do exame de corpo de delito pela prova testemunhal, admite a aplicação analógica, por identidade de razão, na hipótese de confissão do réu, no tocante a ele ou a co-réus, especialmente quando foragidos. Esse entendimento se impõe em face dos princípios que o nosso processo penal consagra: o da verdade real, o do livre convencimento do juiz e o da inexistência de hierarquia legal probatória. Despachos de decretação de prisão preventiva devidamente fundamentados. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STF, Habeas Corpus 55585, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 21/10/77) – Grifos que não estão no original.

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente -

quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo teneatur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando

for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

(STF, Habeas Corpus 80949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/10/2001, publ. em DJ de 14/12/2001) – Grifos que não estão no original.

A regra geral, no direito processual, especialmente no seu ramo cível, atribui às partes da relação processual – e exclusivamente a elas – o direito de acionar a máquina decisória, bem como, correlativamente, a iniciativa de instruir a causa, mesmo porque “quem alega, deve provar”. É o chamado princípio dispositivo, que também se apóia na idéia de neutralidade do juiz, a quem não competiria, em princípio, reunir elementos de confirmação ou negação do direito de qualquer das partes. Entretanto, é de se observar que, diferentemente da iniciativa de ação, que pressupõe interesses em conflito, a iniciativa probatória relaciona-se diretamente com o dever de julgar, enquanto entendido como obrigação de decidir, de conformidade com as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, devidamente demonstradas. De fato, o julgador está obrigado a prestar a tutela justa, assim compreendida a solução que se impõe diante dos fatos noticiados e comprovados pelas partes. Se julgar é decidir segundo as provas, justifica-se a conferência de poderes instrutórios ao julgador. Tanto é que, quando o juiz não se sente suficientemente seguro para decidir, diante do quadro de provas, a ele se autoriza converter o julgamento em diligências que repute indispensáveis ao desfazimento das dúvidas persistentes. Isso é o que se espera mesmo do juiz: a formação sólida do convencimento. Obviamente – seria mesmo dispensável destacar – que esse poder-dever não pode ser exercitado com violação do princípio da igualdade processual ou com cerceamento de defesa em prejuízo de uma das partes, encontrando aí os seus limites.

Consagra, desse modo, o princípio da livre investigação das provas, a possibilidade de se atribuir iniciativa probatória ao julgador, não obstante não detenha ele, de regra, iniciativa de ação. Consequentemente, poderá o juiz, ao lado e equidistante das partes, ordenar a produção ou colheita dos elementos de prova que entender essenciais ao deslinde da questão posta em julgamento. Nos termos do art. 130, do CPC, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento

da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. É no processo penal, entretanto, dada a natureza das matérias envolvidas (indisponibilidade), que o princípio da livre investigação das provas assume maior relevância, sendo dada ao julgador maior liberdade na instrução do feito. “Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença”⁴³. Também no processo trabalhista é evidente a prevalência do princípio da livre investigação das provas⁴⁴. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO notam que, da mesma forma que, no processo civil, se constata a suavização do princípio dispositivo (a produção de provas compete às partes), com incursões do princípio da livre investigação das provas (o juiz também participa da instrução do feito), no processo penal, tem se verificado um movimento em sentido contrário, com concessões ao princípio dispositivo, inclusive refletidas nos **Juizados Especiais Criminais**. Mas, que em todos os campos do processo, o princípio da livre investigação das provas tem imperado, “embora com doses maiores de dispositividade no processo civil”⁴⁵. No processo comunitário – instrumento de garantia e exercitação do ordenamento jurídico comunitário europeu –, consideradas as suas especificidades e a natureza das matérias apreciadas, assevera-se o “carácter predominantemente inquisitorio”, tendo em conta que “el Tribunal tiene competencia para dirigir el procedimiento ordenando la adopción de medidas procesales y cautelares. No esta sometido totalmente al principio dispositivo, ya que puede actuar de oficio, com independencia de las peticiones de las partes”⁴⁶.

⁴³ Veja-se o que diz o art. 765, da CLT: “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

⁴⁴ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 65-66.

⁴⁵ JIMÉNEZ, María Del Carmen Díaz. Principios de Derecho Procesal Comunitario. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S A, 1996, p. 22.

⁴⁶ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71.

O impulso oficial.

*RECURSO EXTRAORDINARIO. ANISTIA DA CORRECAO MONE-
TARIA. ART. 47 DO ADCT-CF/88. ACAO DE CONSIGNACAO EM
PAGAMENTO AJUIZADA NO PRAZO CONSTITUCIONAL. OFER-
TA ALEM DO PRAZO DE NOVENTA DIAS FIXADO PELO LEGIS-
LADOR CONSTITUINTE. DECADENCIA. Nao ha que se falar em
decadencia, se acao de consignacao em pagamento foi intentada NO
PERIODO DO ART. 47, PAR. 3., I, do ADCT-CF/88, e o deposito fora
efetuado posteriormente, porque recusado pagamento quando da
audiencia designada para a oferta. **O processo civil começa por ini-
ciativa da parte, mas, apos essa manifestacao, se desenvolve por
impulso oficial (art. 262, CPC).** Recurso extraordinario conhecido e
provido para afastar a alegacao de decadencia, determinando-se a
remessa dos autos ao juizo de origem para prosseguir no julgamento
da consignatoria, como entender de direito.*

(STF, Rec. Extraordinário 170143, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 12/
06/95, publ. em DJ de 10/11/95) – Grifos que não estão no original.

Reza, o art. 262, do CPC, que “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”. No processo penal, também é princípio dominante. No âmbito administrativo, é denominado de princípio da oficialidade. Destarte, embora o juiz não possa instaurar, de ofício, a relação processual, a marcha do processo é de sua responsabilidade. Assim, uma vez iniciado o processo, passa a existir, ao lado dos interesses colidentes, o interesse público na célere e útil apresentação de solução ao conflito. O julgador funcionará, destarte, como um maestro, regendo o procedimento, de forma a que suas fases se desenvolvam ordenada e regularmente, até a obtenção do produto final representado pela prestação da tutela pretendida. Esse princípio exprime a obrigação assumida pelo Estado de decidir (serviço público típico), com exclusão de “justiças privadas”, transformando o processo em “coisa pública”, independentemente da natureza dos interesses envolvidos.

A persuasão racional do juiz.

*Processual Civil e Administrativo. Desapropriação. Cumulação de
juros compensatórios e moratórios. Reformatio in pejus. Adoção do*

laudo do assistente técnico na fixação do valor da indenização. Súmula 7/STJ.

1. Assentou a Corte Especial entendimento no sentido de ser necessário o prequestionamento, ainda que se cuide de violação surgida na própria decisão recorrida. (EREsp 8.285/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJU de 09.11.98).
2. ***Imperando em nosso ordenamento jurídico os princípios do livre convencimento do juiz e da persuasão racional, não está o julgador obrigado a adotar o laudo do perito oficial, podendo fundamentar sua decisão no laudo do assistente técnico dos autos, desde que esse efetivamente melhor represente o valor de mercado do bem, conclusão cuja revisão, em sede de Recurso Especial, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.***
3. *Recurso parcialmente conhecido, mas não provido.*

(STJ, Rec. Especial 223090, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, publ. em DJ de 11/03/2002) – Grifos que não estão no original

REVISAO CRIMINAL. NAO SE PODE DIZER, FACE AO PRINCIPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR, QUE UMA DECISAO CUJA CONCLUSAO TEM APOIO NUM ELEMENTO DE PROVA, CONTRARIA A EVIDENCIA DOS AUTOS. SOMENTE HA DECISAO CONTRARIA A EVIDENCIA DOS AUTOS, QUANDO A MESMA NAO TEM FUNDAMENTO EM NENHUMA PROVA COLHIDA NO PROCESSO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

(STF, Habeas Corpus 55790, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 24/02/78, publ. em DJ de 25/04/78) – Grifos que não estão no original.

Enquanto o princípio da livre investigação das provas regula a produção ou colheita dos elementos probatórios pelo julgador, o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional do juiz concerne à apreciação das provas coligidas. O primeiro atine à construção do quadro de provas; o segundo, à avaliação dessas provas. Consoante o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, o juiz, embora vinculado às provas reunidas, é livre para aquilatá-las. Essa liberdade, contudo, não prescinde de motivação, além do que deve ser exercitada em atenção às regras jurídicas correspondentes, se existentes – no caso, do processo civil, dispõe o art. 131, do CPC, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os

motivos que lhe formaram o convencimento”. Ademais, devem ser observadas as normas contidas nos arts. 332 a 443, do referido diploma legal. No CPP, definiu-se: “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Particular relevância deve ser conferida ao art. 335, do CPC, que estabelece: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Essa regra – ampliadora da liberdade do magistrado na apreciação das provas – encontra especial concretização no contexto dos **Juizados Especiais**, sobretudo, em face do disposto nos arts. 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95: “Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” e “Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

A lealdade processual.

*RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.756/98) - PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS - VALOR DA MULTA NÃO DEPOSITADO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. MULTA E ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. - A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do improbus litigator. **O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE***

MÁ-FÉ. - *O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. O DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA CONSTITUI PRESSUPOSTO OBJETIVO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS.* - *O agravante - quando condenado pelo Tribunal a pagar, à parte contrária, a multa a que se refere o § 2º do art. 557 do CPC - somente poderá interpor “qualquer outro recurso”, se efetuar o depósito prévio do valor correspondente à sanção pecuniária que lhe foi imposta. A ausência de comprovado recolhimento do valor da multa importará em não-conhecimento do recurso interposto, eis que a efetivação desse depósito prévio atua como pressuposto objetivo de recorribilidade. Doutrina. Precedente.* - *A exigência pertinente ao depósito prévio do valor da multa, longe de inviabilizar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, visa a conferir real efetividade ao postulado da lealdade processual, em ordem a impedir que o processo judicial se transforme em instrumento de ilícita manipulação pela parte que atua em desconformidade com os padrões e critérios normativos que repelem atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, art. 600) e que repudiam comportamentos caracterizadores de litigância maliciosa, como aqueles que se traduzem na interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII). A norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração do direito de acesso ao Poder Judiciário, mesmo porque a exigência de depósito prévio tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais incidiu o improbus litigator. Precedentes.*

(STF, Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 207808, Rel. p/ o acórdão Min.

Celso de Mello, j. em 13/06/2000, publ. em DJ de 08/06/2001) – Grifos que não estão no original.

Por lealdade se entende a postura de conformidade com a honestidade, a probidade, a sinceridade, virtudes que são exigíveis de todos os partícipes do processo – juízes, promotores, servidores e auxiliares, advogados e, sobretudo, das partes – haja vista a respeitabilidade e a autoridade que se atribuem à Justiça e ao processo, sendo este instrumento de realização daquela. As partes da relação processual, mesmo porque pretendem respostas para as suas discordâncias, devem atuar de forma franca, e, conseqüentemente, uma pressupondo a boa-fé da outra no curso do processo. Por isso mesmo, não se mostram admissíveis a mentira, a fraude, a intenção de enganar ou levar ao erro, que devem ser rigorosamente refreadas. Mais do que atentar contra a moralidade, a deslealdade processual se revela como ilícito processual⁴⁷.

O CPC é pródigo em dispositivos que versam sobre o dever de lealdade – dentre outros: “Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé”; “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”; “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”; “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...); III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça”; “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”; “Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por dois (2) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer”; “Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execu-

⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 72.

ção, empregando ardis ou meios artificiosos; III – resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução”. Em sede de **Juizados Especiais** a litigância de má-fé também é penalizada, a teor do art. 55, da Lei nº 9.099/95.

A instrumentalidade das formas.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. APELAÇÃO. INTERPOSTO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES.

- 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que extinguiu embargos à execução. Recurso incorretamente proposto porquanto o adequado seria a apelação. Inexistência de erro grosseiro ou má-fé. Fungibilidade.*
- 2. O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima pas des nullité sans grief.*
- 3. Por força da influência do “princípio da instrumentalidade das formas”, tem-se admitido, no campo da inadequação recursal, a aplicação do vetusto princípio da fungibilidade dos recursos, cuja incidência permite o aproveitamento do recurso interposto como se fosse o meio de impugnação cabível e não utilizado. Fundando-se em ordenação pretérita, a jurisprudência consagrou essa possibilidade, desde que “ausente o erro grosseiro” e a “má-fé do recorrente”.*
- 4. Um dos critérios utilizados tem sido a escorreita verificação da tempestividade; por isso, um recurso com prazo de interposição menor é admissível se interposto no lugar daquele cabível, cujo prazo de oferecimento é mais alongado. A recíproca, contudo, não é verdadeira.*
- 5. Revela malícia do recorrente aproveitar-se de recurso com maior devolutividade e procedimento mais alongado, circunstância incorrente na hipótese.*

6. *Precedentes da Corte.*

7. *Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.*

(STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial 197857, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, publ. em DJ de 16/12/2002) – Grifos que não estão no original.

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ATO DE EFEITO INEXISTENTE NÃO CONFIGURADO. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DOS VÍCIOS FORMAIS DOS ATOS.

Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Recurso desprovido.

(STJ, Recurso Especial 375758, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publ. em DJ de 11/11/2002) – Grifos que não estão no original.

PROCESSUAL CIVIL. OPOSIÇÃO. JULGAMENTO SIMULTÂNEO COM A CAUSA PRINCIPAL. INVERSÃO DA ORDEM DE CONHECIMENTO DOS PEDIDOS. ART. 61 DO CPC. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

1. *Não obstante tenha sido a causa principal decidida antes da oposição, em afronta à letra do art. 61 do CPC, a sentença deu a cada parte o que lhe era de direito. Apesar de não obedecida a forma, criada, aliás, por uma questão de lógica, o fim visado pelo dispositivo foi atingido. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.*

2. *Recurso não conhecido.*

(STJ, Recurso Especial 420216, Rel. Min. Fernando Gonçalves, publ. em DJ de 21/10/2002) – Grifos que não estão no original.

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. EMENDA. INDICAÇÃO DO REQUISITO AUSENTE PELO MAGISTRADO. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE MOTIVO ENSEJADOR DO INDEFERIMENTO DA EXORDIAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

- *Embora não exista dispositivo legal impondo a indicação, quando intimada a parte autora para emendar a petição inicial, do*

requisito ausente da exordial, deve o magistrado, com os olhos nos modernos princípios da instrumentalidade das formas e da economia e celeridade processuais, especificar a falha contida na peça, sob pena de, por rigorismo processual, enterrar o prosseguimento do feito e impedir a célere composição do litígio.

- *Se consta dos autos o endereço do advogado da autora, não havendo, igualmente, informações de mudança de endereço, encontra-se ausente o motivo que ensejou o indeferimento da petição inicial e, conseqüente, extinção do processo, devendo o feito prosseguir.*
- *Recurso especial não conhecido.*

(STJ, Recurso Especial 86415, Rel. Min. Vicente Leal, publ. em DJ de 13/05/2002) – Grifos que não estão no original.

O princípio da instrumentalidade das formas é manifestação do princípio da economia processual. De acordo com este preceito fundamental, deve-se buscar “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”⁴⁸. Associa-se à concepção do processo não dispendioso, do processo que se quer simples, rápido e módico, com produção de resultado útil. O princípio da economia processual exige que “existindo duas ou mais possíveis soluções legais, deve ser adotada a de mais rápida e efetiva implementação, ou então, aquela que importar em menores encargos às partes”⁴⁹. Aponta, outrossim, para um certo desapego ao formalismo⁵⁰, na medida em que impõe a mais alta concentração e aproveitamento dos atos processuais, o saneamento de pronto de pequenas falhas que não comprometam a estrutura inteira do processo, a regularização das nulidades sanáveis. Humberto THEODORO Júnior indica, como aplicações práticas do princípio da economia pro-

⁴⁸ CRETELLA Neto, José. Fundamentos Principlológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 199.

⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de MELLO fala, no respeitante ao processo administrativo, em “princípio do informalismo, a ser considerado em favor do administrado, como querem Gordillo e Escola, significa que a Administração não poderá ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações dos administrados”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. rev. atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 364.

⁵⁰ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 27ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 32.

cessual: “indeferimento, desde logo, da inicial, quando a demanda não reúne os requisitos legais; denegação de provas inúteis; coibição de incidentes irrelevantes para a causa; permissão de acumulação de pretensões conexas num só processo; fixação de tabela de custas pelo Estado, para evitar abusos dos serventuários da Justiça; possibilidade de antecipar julgamento de mérito, quando não houver necessidade de provas orais em audiência; saneamento do processo antes da instrução etc”⁵¹. Nessa contextura, sobressai o princípio da instrumentalidade das formas, de acordo com o qual não devem ser anulados os atos processuais que, embora defeituosos, não tenham ocasionado prejuízo às partes, mas que, de outro lado, tenham atingido a finalidade para a qual foram produzidos⁵².

Hodiernamente, as políticas processuais têm se desenvolvido, sobretudo, em torno da idéia de concretização do princípio da economia processual. Nesse sentido, é de se observar a criação dos **Juizados Especiais** Cíveis e Criminais. Estes, por sua vez, em suas leis de regência, consagraram o princípio da instrumentalidade das formas, através das regras “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados” e “não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo” (art. 13 e § 1º, da Lei nº 9.099/95).

O duplo grau de jurisdição.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADO. QUESTÃO NÃO SUSCITADA E NÃO APRE-

⁵¹ Dispõe o art. 154, do CPC: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. Também importantes o art. 244 – “Quando a lei estabelecer determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” – o art. 248 – “Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes” – o / 1º, do art. 249 – “O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte” – e o art. 250 – “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”. No processo penal, vide os arts. 563 e 566, do CPP.

⁵² ALVIM, J E Carreira. Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 47 e 48.

CIADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. ARTIGO 515, § 1º, DO CPC. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Não se conhece de recurso ordinário em mandado de segurança, por ausência de regularidade formal, se o recorrente não ataca os fundamentos basilares do acórdão recorrido.*
2. *A teor do disposto no artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil, sob pena de violação do princípio do duplo grau de jurisdição, somente as questões suscitadas e discutidas serão apreciadas por ocasião do julgamento do recurso ordinário.*

3. *Recurso improvido.*

(STJ, Rec. Ordinário em Mandado de Segurança 11533, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 25/06/2002, publ. em DJ de 11/11/2002) – Grifos que não estão no original.

Processual Civil. Supressão de Instância. Art. 515, CPC.

1. *Afastada pelo Tribunal de origem a carência de ação reconhecida pela sentença, não lhe é permitido adentrar o mérito, pena de supressão de instância, com ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.*

2. *Recurso provido.*

(STJ, Recurso Especial 196160, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 21/06/2001, publ. em DJ de 17/06/2002) – Grifos que não estão no original.

PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA. APELAÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

- *Em tema de nulidades no processo penal, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o seu reconhecimento é necessário que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos consequentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566).*

- *Eventual nulidade no auto de prisão em flagrante resulta superada com a superveniência da sentença condenatória.*

- *Em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, do qual é corolário o princípio do duplo grau de jurisdição, não se pode negar curso à apelação criminal regularmente interposta, sendo irrelevante o fato de encontrar-se o réu foragido.*

- *Recurso ordinário parcialmente provido.*

(STJ, Rec. Ordinário em Habeas Corpus 8833, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 18/11/99, publ. em DJ de 18/02/2002) – Grifos que não estão no original.

Embora não figure expressamente no Texto Constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição pode ser constatado pela construção recursal disposta na Carta Política de 1988. Assim, a organização dos tribunais e a previsão de modalidades de recursos apontam para a consagração de princípio. Note-se, contudo, e em acréscimo, que, ainda que originariamente o duplo grau de jurisdição não tivesse sido adotado pela Constituição, passou a integrá-la (art. 5º, §2º, da CF/88) por força da determinação contida na Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), a qual o Brasil aderiu e que fez inserir no ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, dispõe o art. 8º, da mencionada norma internacional convencional, que toda pessoa tem direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. Cuida-se de garantia consistente no reexame dos feitos já decididos, através da interposição dos recursos cabíveis ou por imposição de lei (remessa obrigatória), dos quais pode decorrer, inclusive, novo julgamento da causa com alteração do resultado final. Funda-se na compreensão de que o julgador, dada sua condição humana, é falível, de modo que, como condição de certeza e segurança na prestação da tutela requestada, de sorte a afastar eventuais erros, mostra-se absolutamente razoável e desejável, a nova apreciação do feito por outro julgador ou julgadores. No âmbito administrativo, denomina-se de princípio da revisibilidade. No caso dos **Juizados Especiais**, não obstante a sumariedade do procedimento, há previsão legal de interposição de recurso, endereçado a colegiado composto por juízes de primeira instância. Com isso, garantiu-se o duplo grau de jurisdição, embora sem deslocamento do processo para outra instância.

3. PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

Dispõe, a Constituição Federal de 1988:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de

causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

(...)

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

(Parágrafo único acrescentado pela Emenda Constitucional nº 22/99)

Diante da autorização constitucional, foram criados, em 26.09.1995 (Lei nº 9.099), os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, da Justiça Estadual, e, em 10.07.2001 (Lei nº 10.259), os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, da Justiça Federal. Anteriormente à edição desses diplomas normativos, vigorava a Lei nº 7.244, de 07.11.1984 (hoje revogada pela primeira lei citada), que instituía e regulava os Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Pode-se asseverar que essas estruturas judiciárias especiais foram edificadas com sustentação nos discursos em prol da simplificação (desburocratização), agilização e popularização da justiça. Trata-se de oferecer aos jurisdicionados – e ao maior número possível deles – um “processo de resultados”, no sentido de que as demandas mais singelas, de menor reverberação econômica ou envolvendo delitos menos graves, possam ser resolvidas em espaço de tempo mais curto e de forma menos dispendiosa para o Estado e, principalmente, para as partes, através de soluções preferencialmente conciliatórias. As preocupações que permearam a criação dos Juizados Especiais concerniam, sobretudo, à efetividade do direito de acesso à justiça e à efetividade do processo, ou, dito de outro modo, à necessidade de se garantir a todas as pessoas – e não apenas as que tivessem condições de pagar pela prestação jurisdicional – um processo com resultados úteis, obteníveis por via rápida, celeridade esta justificada pela simplicidade e menor lesividade das questões trazidas a júízo.

Os escopos que se pretendeu alcançar através da instalação dos Juizados Especiais podem ser identificados nos princípios, expressamente consagrados nas leis que os criaram e regulamentaram. Assim, reza o art. 2º, da Lei nº 9.099/95, que o “**processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação**”. Inicialmente, é de se esclarecer que, não obstante denominados critérios, os preceitos elencadas se constituem

em verdadeiros princípios. Sustenta Carreira ALVIM que “este artigo trata num mesmo dispositivo, como ‘critérios’, o que são verdadeiros *critérios*, mas também o que são verdadeiros ‘princípios’ processuais. O *princípio* é mais do que um mero *critério*, pois enquanto aquele (princípio) constitui a própria base lógico-jurídico-constitucional do sistema processual, este (critério) constitui um *modus faciendi* do processo; pelo que a violação de um princípio é, quase sempre, mais grave do que a simples inobservância de um critério. O princípio está na essência de qualquer coisa; o critério aparece na sua forma”. E segue: “A simplicidade, informalidade e celeridade são um particular modo de ser do processo dos Juizados Especiais, e, portanto, *critérios*, mas a oralidade e a economia processual configuram autênticos *princípios*; aliás, o princípio da economia processual (ou princípio econômico) é do tipo ideológico, que não informa em especial um ou outro processo, mas qualquer processo em qualquer ordenamento processual”⁵³. Entendemos, diversamente, que todos os preceitos aludidos são princípios (positivados). O fundamento para essa conclusão encontramos mesmo nas palavras do autor citado. São princípios, na medida em que estão na substância e no espírito que se pode atribuir aos Juizados Especiais. O que se diz aparecer na forma, é também princípio, pois, neste caso, a forma é apenas a materialização do que o princípio inspira, com maior ou menor grau de solidificação. Simplicidade, informalidade e celeridade não são simplesmente maneira específica de exercitação do processo dos Juizados Especiais, são verdadeiros preceitos de base da própria existência desse processo, no qual encontram maior concreção, embora tenham deitado raízes no processo comum.

De fato, convém apontar que mais do que apanágios dos Juizados Especiais, os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual, da celeridade e da solução conciliada constituem verdadeira tendência, fatores influenciadores do processo comum, cada vez mais aclamados como instrumentos de concretização do processo ideal, que seja ligeiro, modesto, eficiente e justo. De fato, além de orientarem os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Estaduais e Federais, tais princípios têm instilado a atividade interpretativa das normas jurídicas do processo comum. Assim, se, por um lado, pode-se falar da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – como norma geral do processo, no ordenamento jurídico brasileiro – em sede Juizados Especiais, por outro lado, é também possível defender o emprego subsidiária-

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. CAPITANIO, Paolo. 3ª ed. Campinas: Bookseller Editora, 2002, pp. 56-57 (vol. III).

rio do direito dos Juizados Especiais no contexto do direito comum, pelo menos em termos principiológicos, tamanha a sua relevância para as modernas políticas processuais. Isso não desnatura o processo dos Juizados Especiais, igualando-o ao processo comum. A distinção resulta do nível de consolidação do princípio, pela definição do modo de proceder preferencial.

Os princípios definidos pela Lei nº 9.099/95 são reconhecidos também em sede de Juizados Especiais Federais, não obstante a Lei nº 10.259/2001 não os tenha repetido, na medida em que eles não são preceitos fundamentais pelo fato de decorrerem da lei, ou de terem sido explicitamente referidos na norma legal que criou os Juizados Especiais Estaduais, mas sim em virtude de reunirem o significado da instituição criada, de serem dela verdadeiros sinônimos, e não, simplesmente, meros referenciais de exercitação de uma forma especial de prestação jurisdicional. A jurisprudência tem reconhecido a representatividade dos princípios dos Juizados Especiais para a sua compreensão. Nessa direção, observe-se a ementa que segue transcrita:

Habeas corpus. Juizados Especiais Criminais. Lei nº 9.099/95. Questão relativa ao art. 77, § 1º de tal lei não apreciada pelo acórdão impugnado. Inexistência de ofensa ao art. 93, IX da CF pela sucinta decisão que apreciou os embargos de declaração, por estar de acordo com os princípios que norteiam os Juizados Especiais. Pretendida deficiência do edital de intimação da sentença afastada pela interposição de apelação pela defensora pública, fato que elide eventual prejuízo, cuja demonstração, ademais, faz-se sempre necessária para dar azo à anulação do processo, por força do que dispõe o art. 65, § 1º da Lei nº 9.099/95. Alegação de falta de ciência da pauta de julgamento do apelo que encontra óbice na jurisprudência desta Casa, cujo Plenário, ao apreciar o HC nº 76.915/RS (rel. o Min. Marco Aurélio), firmou o entendimento de que “o critério da especialidade é conducente a concluir-se pela inaplicabilidade, nos juizados especiais, da intimação pessoal prevista nos artigos 370, § 4º, do Código de Processo Penal (com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996) e 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (com a redação introduzida pela Lei nº 7.871/89)”, tendo-se consagrado, nessa oportunidade, a regra especial disposta no parágrafo 4º do art. 82 da Lei nº 9.099/95, de intimação das partes, pela imprensa, da data da sessão de julgamento. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.

(STF, Habeas Corpus 81466/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 16/04/2002, publ. em 10/05/2002) – Grifos que não estão no original.

Oralidade.

Diz-nos CHIOVENDA, sobre o processo oral:

A experiência deduzida da história permite concluir sem detença, que o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza. E, pelo que se refere à celeridade do processo, frisamos, desde logo, a esta altura, um dado extraído das estatísticas judiciárias dos países de processo oral em confronto com o nosso, e é que o processo escrito dura em média três ou quatro vezes mais que o processo oral⁵⁴.

Como o próprio nome indica, o processo oral tem como preceito fundamental o da oralidade, de acordo com o qual os atos processuais desenvolvem-se, sobretudo, em audiência, reunidas as partes e verbalizadas suas pretensões conflitantes, com o proferimento, ato contínuo, de uma decisão pelo julgador, encontrando-se este em contato direto com os sujeitos da relação processual. CAPPELLETTI fala em “critério da relação imediata e oral do juiz com as partes e os outros sujeitos do processo”⁵⁵. Note-se que o princípio da oralidade não implica – nem poderia implicar – em negação absoluta dos elementos escritos. O que ocorre é que, no processo oral, a parte escrita se limita a uma pequena fração, e a relevância se concentra na audição, ou seja, há “prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação”⁵⁶. Segundo o já citado CHIOVENDA, do

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O Processo Civil no Direito Comparado. Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Editora Líder, 2001, p. 45.

⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. CAPITANIO, Paolo. 3ª ed. Campinas: Bookseller Editora, 2002, p. 61 (vol. III). CAPPELLETTI, destaca que “oralidade significa somente, como venho repetindo, que o processo culmina em uma audiência oral, na qual o juiz ouve oralmente as testemunhas e, eventualmente, também as partes”, não prescindido de uma fase “pre-trial, na qual é absolutamente normal que o instrumento principal de comunicação não seja a palavra pronunciada de viva voz, mas a escritura”. CAPPELLETTI, Mauro. O Processo Civil no Direito Comparado. Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Editora Líder, 2001, pp. 45-46.

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. CAPITANIO, Paolo. 3ª ed. Campinas: Bookseller Editora, 2002, p. 74 (vol. I).

princípio da oralidade se depreende que “as deduções das partes devem normalmente fazer-se a viva voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa”⁵⁷. Indissociáveis da oralidade são os princípios da imediação – devem se constituir na mesma pessoa, aquele que colhe as provas e aquele que decide, tendo em conta que a decisão é o resultado do convencimento formado diante dos elementos probatórios coligidos –, da identidade física do juiz – impõe-se a unidade de quem decide, isto é, que, na medida do possível, todos os atos processuais devem se desenvolver perante um único julgador –, da concentração – todos os atos processuais devem se dar numa única audiência ou no menor número de audiências seguidas e próximas, como forma de garantir a vivacidade das informações coletadas no decorrer do processo e que podem contribuir para o deslinde da contenda –, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias – não sendo decisão final, e com vistas a que esta seja obtida mais rapidamente, as medidas interlocutórias tomadas no curso do processo não devem ocasionar a proliferação de recursos e causas incidentais.

CHIOVENDA aponta as várias objeções que têm sido colocadas em relação ao processo oral, redarguindo-as em seguida: 1) o processo oral seria superficial e a decisão, precipitada. Contraditando a afirmação, o autor citado sustenta que, em verdade, o que se tem é “aversão ao que é novo, o aferro a hábitos inveterados”, na medida em que “a oralidade, temperada pelos atos escritos preparatórios do debate, assegura, pelo contrário, uma justiça intrinsecamente melhor; faz o juiz partícipe da causa e permite-lhe dominá-la melhor, obviando os equívocos tão freqüentes no processo escrito”; 2) o processo oral implicaria na superexposição das partes a erros e sobressaltos. Afirma, o processualista italiano, que, no processo oral, como no processo eminentemente escrito, é garantido o direito de defesa das partes envolvidas, inclusive pelo asseguramento de dilação de prazo para que demandante e demandado possam adequadamente patrocinar as suas pretensões, sobretudo diante de situações surpreendentes ou imprevisíveis; 3) o processo oral favoreceria o “palanfrório” e, em consequência, produziria decisões que decorreriam da mera eloqüência. Discorda o autor do argumento por considerar, especialmente, a preparação do julgador e a sua capacidade de reconhecer o exato limite entre a verdade e os efeitos da oratória; 4) o processo oral exigiria aumento dos quadros de pessoal

⁵⁷ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. CAPITANIO, Paolo. 3ª ed. Campinas: Bookseller Editora, 2002, pp. 69-73 (vol. III).

de apoio. Entende, o autor referido, que a concentração inerente ao princípio da oralidade tornaria descipienda a ampliação do número de funcionários da Justiça, haja vista a própria macro-atuação do julgador durante a audiência; 5) o processo oral causaria a redução dos honorários dos causídicos envolvidos, em vista da redução do volume dos atos processuais. Essa objeção seria afastada pela definição de outra base de cálculo para o arbitramento dos honorários, coerente com a celeridade do procedimento⁵⁸.

Parece-nos que as duas primeiras ressalvas ao processo oral, apresentadas por CHIOVENDA, são as mais preocupantes, na medida em que a rapidez com que ele se desenvolve prejudica, de certa forma, uma mais detalhada apreciação do caso concreto e pode, em alguns casos, na ausência do bom senso equilibrador do magistrado, resultar em cerceamento de defesa para uma das partes. Assim é que a condição de “partícipe da causa” conferida ao julgador, no sentido de proximidade das partes, a ele atribui, por outro lado, uma responsabilidade ainda maior no controle e na direção do processo, com vistas a evitar as distorções apontadas.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, o princípio da oralidade se manifesta em inúmeros dispositivos da Lei nº 9.099/95, a saber: art. 13, § 3º – “Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos deverão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão” –, art. 14 – “O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado” –, art. 28 – “Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença” –, art. 30 – “A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda a matéria de defesa, exceto argüição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor” –, e art. 36 – “a prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos”. No tocante aos Juizados Especiais Criminais, é de se notar, no bojo da mesma Lei, a determinação de registro apenas dos atos tidos por essenciais (art. 65, § 3º, bem como de inadmissibilidade de adiamento de atos processuais (art. 80) e a regra de que todas as provas devem ser produzidas na audiência de instrução e julgamento (art. 81,

⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 327.

§ 1º). CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO afirmam que o processo dos Juizados Especiais adotou a “verdadeira oralidade, com o integral diálogo entre as partes, as testemunhas e o juiz”⁵⁹.

Simplicidade.

O simples é o incompleto, o modesto, o claro. Segundo TOURINHO Neto, Fernando da Costa e FIGUEIRA Júnior, Joel Dias, “o procedimento do Juizados Especial deve ser simples, natural, sem aparato, franco, espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos”⁶⁰. O princípio da simplicidade envolve, destarte, não apenas a menor complexidade dos procedimentos disponibilizados às pessoas para a formulação de suas pretensões – “o processo não deve oferecer oportunidade para incidentes (obstáculos) processuais, contendo-se toda a matéria de defesa na contestação, inclusive eventual pedido contraposto do réu, em seu favor (...)”⁶¹ –, mas também a concisão e a perceptibilidade como características das decisões, contribuindo para esta última a singeleza da linguagem empregada, acessível ao homem mais simples⁶².

Nos Juizados Especiais, “valoriza-se a prática de atos processuais da maneira mais simples possível”, do que são representativas a autorização para a realização de atos processuais em horário noturno, bem como a determinação de que as comunicações às partes sejam feitas pelos Correios, através de carta com aviso de recebimento em mão própria⁶³, ou, ainda, por meio eletrônico (art. 8º, da Lei nº 10.259/2001), sendo vedada a citação por edital (art. 18, § 2º, da Lei nº 9.099/95). Também demonstra a preocupação com a simplicida-

⁵⁹ TOURINHO Neto, Fernando da Costa & FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 68.

⁶⁰ ALVIM, J E Carreira. Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49.

⁶¹ Cf. SILVA, Luís Praxedes Vieira da. O Princípio da Simplicidade nas Decisões Judiciais. Texto gentilmente cedido pelo autor. 2002.

⁶² Cf. Juizados Especiais Federais. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários/Secretaria de Pesquisa e Documentação, 2000, p. 26.

⁶³ NERY Júnior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 2245.

de, a inadmissibilidade, no processo dos Juizados Especiais, de intervenção de terceiros e assistência, permitindo-se unicamente o litisconsórcio (art. 10, da Lei nº 9.099/95). Por igual motivo, não é possível, nessa sede, reconvenção, mas apenas a formulação de pedido contraposto, a ser decidido na mesma sentença que apreciar a pretensão autoral (art. 31, da Lei nº 9.099/95). A simplicidade alcança mesmo a sentença, eliminando o relatório e reverenciado a modéstia (art. 38, da Lei nº 9.099/95), e a fase executiva, dispensando a publicação de editais em jornais, quando se tratar de alienação de bens de pequeno valor (art. 52, VIII, da Lei nº 9.099/95). Por fim, cabe realçar também, nessa contextura, o fato de que o juiz “não está adstrito ao critério da estrita legalidade”, podendo exercer a “jurisdição de equidade especial”⁶⁴, nos termos do art. 6º, da Lei nº 9.099/95.

Informalidade.

O desapego à forma e ao exacerbado rigor ritualístico do processo comum relaciona-se intrinsecamente com os escopos pretendidos pelos Juizados Especiais, sintetizados nas políticas de desburocratização e democratização, pelo que se postula, nessa sede, inclusive, a “pouca utilização subsidiária do CPC”⁶⁵, aspecto que será analisado mais adiante. Note-se, contudo, que não se trata de menoscar toda e qualquer formalidade – porquanto isso é mesmo incompatível com as relações jurídicas, em que as formas são elementos de garantia da certeza e da segurança jurídicas, sendo estes valores fundamentais do direito –, mas sim de afastar formas e ritos desnecessários e opressores. Em se tratando de formalidades essenciais, contudo, não há como se admitir sejam suplantadas, sob pena de colocar-se em risco a própria sustentabilidade do processo.

Assim, a informalidade coopera com a simplicidade, no seus dois sentidos balisares: menor complexidade e maior confiança, por compreensão, do jurisdicionado. À pessoa se permite, por exemplo, não tendo conhecimentos técnicos ou acompanhamento de advogado, possa reclamar seus direitos oralmente, cabendo à Secretaria do Juizado reduzir a escrito os pedidos formula-

⁶⁴ SILVA, Luís Praxedes Vieira da. Juizados Especiais Federais Cíveis. Campinas: Millennium, 2002, p. 75.

⁶⁵ Note-se a preocupação deste trabalho com a percepção dos Juizados Especiais, enquanto sistema. Seus princípios estão de tal modo interligados, que não se torna possível mencionar um, sem destacar os outros ou, dito de outro modo, sem atentar para as repercussões e as interpenetrações compreensivas e complementadoras.

dos. Demais disso, a informalidade realiza-se também através do princípio da instrumentalidade das formas (corolário da economia processual) – com incidência, de igual modo, no processo comum – segundo o qual deve haver o amplo aproveitamento dos atos processuais, ainda que não perfectibilizados na forma exigida, desde que eles tenham cumprido às finalidades para as quais foram realizados, bem como não tenham ocasionado prejuízo às partes (art. 13, da Lei nº 9.099/95)⁶⁶.

Economia processual.

O princípio da economia processual representa um dos pilares mais sólidos dos Juizados Especiais, exigindo um processo de baixo custo. Assim, os atos processuais devem ser realizados na quantidade e de forma a garantir essa parcimônia. Como anteriormente já destacado, realiza-se o ideal de sobriedade econômica no processo quando são praticados apenas os atos necessários ao alcance do fim último do processo, ou, ainda, quando, a despeito de o ato ter sido realizado sem a roupagem formal determinada por lei, não há necessidade de sua repetição, por ter alcançado o seu escopo, inexistentes danos para os sujeitos da relação processual (instrumentalidade das formas). Conseqüentemente, impõe-se o aproveitamento, na medida do possível e do juridicamente permitido, de todos os atos processuais.

Segundo Carreira ALVIM: “o princípio da economia processual se liga a um dos princípios ideológicos do processo, que é o princípio econômico – segundo o qual, o processo deve ser tanto quanto possível barato – figurando no processo dos juizados especiais também como um princípio sistemático, significando que o processo, além de gratuito, deve conter apenas atos processuais indispensáveis ao atingimento de suas finalidades”. E segue: “Em favor desse princípio, atua outro princípio, segundo o qual nenhum ato processual deve ser corrigido, repetido, ou anulado, se da sua inobservância nenhum prejuízo tiver resultado para a parte contrária (princípio da sanção ou da sanabilidade)”⁶⁷.

No bojo do princípio da economia processual repousa, outrossim, a aspiração do processo gratuito, no sentido de que todos os jurisdicionados, sobre-

⁶⁶ ALVIM, J E Carreira. Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49.

⁶⁷ Juizados Especiais Federais. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários/Secretaria de Pesquisa e Documentação, 2000, p. 67.

tudo os que não têm condições de arcar com as despesas de sua própria sobrevivência, possam obter do Estado a prestação jurisdicional, que é obrigação estatal em vista do banimento da “justiça privada”. Cuida-se de garantir a gratuidade da justiça ou assistência judiciária gratuita. Lê-se, assim, na Lei nº 9.099/95: “Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição do pagamento de custas, taxas ou despesas”. E seu parágrafo único: “O preparo do recurso, na forma do § 1º, do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita”. Ao lado desse direito, confere-se, ainda, aos jurisdicionados a possibilidade de buscarem a Justiça, independentemente de estarem acompanhados de patrono, e, em sede de recurso, quando as partes devem, necessariamente, estar representadas por advogados, de usufruírem da estrutura jurídica assistencial do Estado.

A relevância dessas garantias – consistentes na supressão da miserabilidade e da ignorância como impedientes à evocação e à obtenção da tutela jurisdicional – não tem como ser medida, especialmente num país como o Brasil, em que parcela considerável da população vive abaixo da linha da penúria, em que cada vez maior número de pessoas são alijadas do sistema educacional e do acesso à informação, em que os hipossuficientes freqüentam o Poder Judiciário, quase exclusivamente, na condição de réus, ou, quando autores, para postular verbas de natureza alimentar e de pequena monta.

Fala-se tanto, hodiernamente, em “inclusão digital” – inserir os carentes na sociedade informatizada –, quando apenas começamos a tornar a realidade a própria “inclusão social”, no sentido de garantir a todo o povo, e não apenas aos que podem pagar, o ingresso pleno e eficiente na Justiça, através de medidas como as adotadas em sede de Juizados Especiais, consubstanciadas fundamentalmente na dispensa de recolhimento de custas e na desnecessidade de representação por advogado. A importância desses instrumentos é tão acentuada que quando se fala em Juizados Especiais a primeira associação mental que se faz é com a gratuidade que lhe é inerente. A espera popular por esses mecanismos de inserção e afirmação social pode ser constatada pelo intenso afluxo aos Juizados Especiais, nos quais as agendas de audiência assumiram proporções numéricas gigantestas, havendo mesmo quem suscite a perda do sentido e os prejuízos à finalidade dessa Justiça Especial, que não poderá garantir celeridade, face ao volume de demandas, até então reprimidas. Ao invés de comprometer a efetividade dos Juizados Especiais, essa grandeza os legitima, porquanto demonstra o tamanho da necessidade social.

Em síntese, o princípio da economia processual tem duas dimensões: processo módico para o Estado – menos dispendioso, realizando-se, os atos processuais, com o menor gasto possível – e processo dado para o povo – garantindo-se a indispensável assistência judiciária gratuita.

Celeridade.

A justiça deve ser rápida, sob pena de o direito se perder ou ter a sua exercitação impossibilitada pelo transcurso de tempo. O art. 125, II, do CPC, determina que ao julgador compete zelar pela rápida solução dos litígios. Essa exigência é ainda mais forte em se tratando de causas de menor complexidade e de infrações de menor potencial ofensivo, matérias que lindam os Juizados Especiais. O motivo é óbvio: cuidando-se de matérias de menor repercussão e com menor grau de dificuldade, espera-se que as correspondentes decisões sejam proferidas no menor espaço de tempo possível. O procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais foi projetado, assim, para tornar efetivo esse escopo. Nesse sentido, proibiu-se a intervenção de terceiros e a assistência, admitindo-se, tão-somente, o litisconsórcio; proibiu-se a reconvenção e a ação declaratória incidental, reconhecendo como possível apenas os pedidos contrapostos; dispensou-se o relatório das sentenças.

A preocupação com a agilização da prestação jurisdicional, através da instalação dos Juizados Especiais, é particularmente visível na área federal, em que funcionam os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais.

O Conselho da Justiça Federal, em relatório que concentrou as conclusões de estudos feitos sobre a criação e a implantação de Juizados Especiais, na esfera federal, apontou as sugestões, formuladas por Juízes Federais, para agilizar a prestação jurisdicional:

Várias propostas abrangendo diversos aspectos foram apresentadas, o que impossibilitou um levantamento estatístico. Ressalta-se, conforme se conclui da transcrição das opiniões dos respondentes, a grande participação dos magistrados neste item. Destacam-se entre elas a necessidade de dotar os agentes públicos de poderes para transacionar, até o limite de certo valor, diminuindo as formalidades atualmente existentes; a aplicação das disposições processuais contidas na Lei n. 9.099/95, desde que informados pela preponderância do princípio da oralidade; a redução de prazos; a eliminação do duplo

grau obrigatório; a restrição às possibilidades de recurso; a adoção do procedimento sumário para todos os processos no âmbito dos Juizados Especiais; o pagamento das condenações independentemente de precatórios; a eliminação dos privilégios da Fazenda Pública, como os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer; o recebimento de todos os recursos apenas no efeito devolutivo; a mudança do sistema de comunicação dos atos processuais, adequando-os à sociedade globalizada e moderna⁶⁸.

A lei elaborada – Lei nº 10.259/2001 – correspondeu às expectativas acima apontadas. Todo o procedimento é marcadamente célere – guardadas as devidas proporções, se cotejada com a Lei nº 9.099/95, na medida em que os Juizados Especiais Federais se distinguem dos Estaduais por envolver pessoas jurídicas de direito público e interesse público. Assim é que se admite recurso apenas da sentença definitiva, exceto na hipótese de deferimento de medida cautelar no curso do processo (arts. 4º e 5º), não se admitindo, de outro lado, o reexame obrigatório (art. 13). Também fundado no princípio da celeridade, definiu-se não haver, no âmbito dos Juizados Especiais, prazos diferenciados para a prática de quaisquer atos processuais pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive no tocante à interposição de recursos (art. 9º). A agilidade foi, outrossim, estendida à fase de execução, consoante se depreende do conteúdo do art. 17, especialmente do seu *caput*: “Tratando-se de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório”.

Solução conciliada.

Reza o art. 125, IV, do CPC – acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.94 –, que o juiz deve “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Nos arts. 447 a 449, do CPC, tem-se o regramento da fase conciliatória a se desenvolver em audiência. Assim, a busca pela solução dialogada entre as partes não

⁶⁸ NERY Júnior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 2255.

se constitui em procedimento exclusivo dos Juizados Especiais. Contudo, é nessa seara que a conciliação assume matizes mais fortes, na medida em que, enquanto no processo comum, a conciliação é guiada a todo tempo pelo julgador, no processo dos Juizados Especiais, a conciliação poder decorrer da atuação de juízes leigos e conciliadores, estes orientados pelo juiz togado, que homologará o acordo final (arts. 21 a 23, da Lei nº 9.099/95). Ademais, não obtida a conciliação, resta ainda o recurso à arbitragem (art. 24 a 26, da Lei nº 9.099/95), podendo o árbitro decidir por equidade pura⁶⁹.

Nos Juizados Especiais Federais, foi expressamente autorizado:

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais.

4. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PROCESSUAL COMUM E AS LEIS DE REGÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

Segundo José Alfredo de Oliveira BARACHO, o conceito jurídico de subsidiariedade poderia ser mais adequadamente compreendido através da idéia de supletividade, sendo que esta, por seu turno, envolveria as noções de complementariedade e de suplementariedade. “A complementariedade é o que se acrescenta, entende-se que ela representa a questão subsidiária, destinada suplementariamente a desempatar os concorrentes”, de modo que não haveria como associar a subsidiariedade à idéia de algo secundário, dado o seu caráter decisório (“designar o vencedor”). “A subsidiariedade implica, nesse aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si”, definindo qual dessas categorias se impõe numa dada realidade (alternatividade frente à dualidade de categorias aplicáveis). Por outro lado, a feição complementar, que é mais dilatada,

⁶⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 24-25.

repousa no reconhecimento de uma situação de pluralidade e diversidade de necessidades, no contexto de uma mesma estrutura, a exigirem respotas apropriadas, que resultarão, estas, do adicionamento congruente entre regimes possíveis (assistência). Afirma o professor BARACHO: “de um lado está o poder público, cuja própria existência é um fato incontornável, qualquer que seja a teoria que pretenda explicá-lo. Do outro lado, estão as pessoas privadas que, em uma democracia, podem agir livremente, sob certas reservas, em todos os domínios. O Direito Público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o Direito Privado aparece como complementar um do outro”⁷⁰. Tanto na suplementariedade, como na complementariedade, a idéia-base é a da coexistência coordenada.

Ainda segundo BARACHO, o princípio da subsidiariedade encontra antecedentes em Encíclicas da Igreja Católica, que reputava injusto “retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer”⁷¹. Sua relevância jurídica se deve ao fato de estar associado diretamente à organização social e política, ao reconhecimento de um pluralismo que é inato à sociedade, bem como à idéia de se conferir autonomia a coletividades menores, diante de comunidades maiores, com o conseqüente compartilhamento de atribuições (função descentralizadora). Diz-nos, o professor referido: “Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para *conter ou restringir a intervenção do Estado*. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade”. E segue: “A compreensão do princípio da subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio da subsidiariedade intui certa idéia de Estado, sendo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da

⁷⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 26.

⁷¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 26 e 30.

subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através de sua aplicação, todas as conseqüências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio da subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização”⁷².

No âmbito internacional, exemplificativamente, o princípio da subsidiariedade deve ser considerado em face das finalidades e dos mecanismos de atuação que se conferem aos Estados, assim como dos tipos de relação que a sociedade internacional engendra. Assevera BARACHO: “Às federações e à sociedade internacional, (*communitas orbis*) aplica-se o princípio da subsidiariedade, objetivando a integração, sem reduzir as potencialidades dos entes circunjacentes”. E, em parágrafo seguinte: “O princípio da subsidiariedade levamos a considerar a coexistência de fins inferiores e superiores, através de suas coexistências”⁷³. Depreende-se que o estatocentrismo ou estatalismo arraigado obscurece o princípio da subsidiariedade, na medida em que nega ou limita substancialmente o agir de outros atores sociais não-estatais. Por outro lado, o internacionalismo, embora pressupondo a existência de Estados, identifica-os enquanto um dos elementos integrantes de uma realidade mais abrangente, denominada sociedade internacional, sociedade esta que pretende seja transformada em uma comunidade internacional. Trata-se, assim, de um projeto de convivência, pelo reconhecimento – repita-se – do pluralismo social. “Para o novo internacionalismo propõe-se, também, a construção da sociedade internacional com os princípios configuradores de subsidiariedade. Assenta-se, essa compreensão, no fato de que além dos governos e nações, surgem na vida da humanidade necessidades que não podem ser apenas consideradas isoladamente pelos Estados, desde que é necessária a *coordenação de esforços*”⁷⁴. Mas essa coor-

⁷² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

⁷³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

⁷⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 35-36. Negritos que não estão no original.

denação deve ser feita de forma equilibrada e tolerante em relação à capacidade e às condições dos grupos menores (heterogeneidade), de sorte que, em sendo eventualmente consolidada a comunidade mundial, ou o Estado Único, este não se converta em opressor das comunidades menores nele abrangidas. “(...) O princípio de subsidiariedade, na ordem internacional ou na ordem interna de cada Estado, toma como pressuposto essencial a consideração das entidades menores. A licitude do supergoverno mundial depende da obediência ao princípio da subsidiariedade. (...) A convivência das estruturas nacionais, com a supranacional é vista através do respeito ao princípio da subsidiariedade. O supergoverno mundial seria legitimado pelo cumprimento do princípio de subsidiariedade, respeitando o que, por sua própria conta, façam ou possam fazer os Estados”⁷⁵.

Em síntese, o princípio da subsidiariedade aponta para a necessidade de repartição de poderes e atribuições, de sorte a que estes sejam distribuídos às coletividades, segundo a sua capacidade para exercitá-los, ou ainda, em virtude das especialidades atrativas consagradas pela coletividade, cuja esfera de atuação deve ser, por isso mesmo, respeitada. No contexto normativo, especificamente da relação entre norma geral e norma especial, a subsidiariedade indica o imprescindível acatamento do campo de incidência das normas especiais – que, trazendo respostas suficientes a questões formuladas, não podem ser desprestigiadas ou suplantadas pelas normas de cunho geral –, e o vigor supletivo ou complementar da norma geral ou comum quando a especial resta incompleta ou defeituosa, supletividade condicionada à não agressão da lei especial pelo dispositivo da lei geral. Isso é o que se compreende como coexistência coordenada.

Diante desse quadro teórico, pode-se perceber a questão da aplicação subsidiária das normas de direito processual comum no processo dos Juizados Especiais. Cuida-se de verificar a possibilidade, a forma e o grau de permeabilização da legislação especial ao direito processual geral. Inicialmente, pode-se asseverar que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, em relação a quaisquer outras normas processuais – inclusive as da esfera penal, trabalhista

⁷⁵ NERY Júnior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 2238. Citam, ainda: “Aplicação subsidiária do CPC. Descabimento. Os princípios informativos dos juizados especiais acham-se previstos na própria L 9.099/95, não se admitindo, potanto, a aplicação supletiva do CPC. Assim, é válida a citação, ainda que feita com antecedência inferior a vinte e quatro horas da sessão de conciliação, uma vez que nele não se produzirá defesa, mas apenas se procurará a melhor forma de resolver o litígio, mediante concessões mútuas (RJEsp – DF 2/109)” – pp. 2238-2239.

(art. 769, da CLT) e fiscal (art. 1º, da Lei nº 6.830/80 – Execuções Fiscais) –, é evidente, diante do caráter de “norma universal do processo” que a ele se atribui e que a jurisprudência ratifica. Os Juizados Especiais também não estariam – como não estão –, portanto, fora do alcance das normas do processo comum. Por conseguinte, entende-se, *data venia* dos entendimentos discordantes, que, independentemente do fato de as leis atinentes aos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/95) e Federais (Lei nº 10.259/2001) encerrarem, pontualmente ou genericamente, ou não encerrem, previsão expressa autorizadora, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil se impõe como regra.

Comentando a Lei nº 9.099/95, Nelson NERY Júnior e Rosa Maria Andrade NERY destacam:

Mesmo na ausência de dispositivo expresso determinando a aplicação subsidiária do CPC às ações que se processam perante os juizados especiais cíveis, referida aplicação se dá pelo fato de o CPC ser a lei ordinária, geral, do direito processual civil no Brasil. No mesmo sentido: Figueira-Lopes, Coment. LJE, p. 39⁷⁶.

Também sobre a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC destaca Carreira ALVIM, citando FIGUEIRA Júnior e Fátima Nancy ANDRIGHI:

Para Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil não se verifica apenas quando o microsistema expressamente o autoriza, mas sempre que inexistam incompatibilidades entre os sistemas diversificados e a lei específica seja lacunosa. Em sentido contrário, FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, sustentando que só se verifica a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil quando a própria Lei 9.099/95 assim dispõe⁷⁷.

Segundo FIGUEIRA Júnior e TOURINHO Neto:

Não se pode perder de vista que, nada obstante o silêncio da Lei 10.259/2001, o Código de Processo Civil e o Código de Processo

⁷⁶ ALVIM, J E Carreira. Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 50-51.

⁷⁷ TOURINHO Neto, Fernando da Costa & FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

*Penal são macrosistemas instrumentais e, nesta qualidade, independem de quaisquer referências expressas para encontrar ressonância e aplicabilidade*⁷⁸.

Ademais, por lógico – de acordo com o conceito de subsidiariedade anteriormente desenvolvido –, que a incidência subsidiária das normas jurídicas do processo civil ou comum nos procedimentos dos Juizados Especiais apenas pode se verificar em caso de omissão ou incompletude da legislação processual específica que se pretende movimentar, lacuna esta que deve se mostrar persistente ainda quando invocados os princípios informadores da lei especial. Mais: apenas se acolhe a aplicação subsidiária, quando o dispositivo do CPC a ser aplicado supletivamente é compatível com o preceitos fundamentais que sustentam o arcabouço normativo dos Juizados Especiais e não agride as regras jurídicas especiais. Assim, não há que se falar em aplicação subsidiária do CPC, quando as leis de regência dos procedimentos dos Juizados Especiais não se mostram lacunosas. Havendo dispositivo específico na lei especial, fixando ela, terminante e peremptoriamente, a postura processual a ser tomada, repele-se a subsidiariedade. De igual modo, afasta-se a subsidiariedade quando, embora não havendo regra expressa, os princípios pertinentes aos Juizados Especiais permitem concluir por uma solução mais conforme com a sua estrutura e as suas finalidades, bem como quando a disposição do CPC conflita com dispositivo da lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95).

No caso dos Juizados Especiais Federais, além da aplicação subsidiária do CPC, tem-se, ainda, a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95 (art. 1º, da Lei nº 10.259/2001). FIGUEIRA Júnior e TOURINHO Neto destacam:

Três opções político-legislativas seriam cabíveis para a regulamentação dos Juizados Especiais Federais: a) criação de um microsistema específico e amplo, isto é, versando a respeito das normas de direito instrumental de ordem criminal e civil que se fizessem mister, a exemplo do que se verificou com a Lei nº 9.099/95; b) a simples

⁷⁸ TOURINHO Neto, Fernando da Costa & FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 61-62. Os autores constatam que houve a “intenção do legislador em não repetir os dispositivos da norma precedente [Lei nº 9.099/95] na Lei 10.259/2001”; “preocupou-se, isto sim e acertadamente, em regular novas situações específicas de ordem federal”, de sorte que a remessa, para fins de subsidiariedade, seria imediata.

regulamentação dos Juizados Especiais Federais, por meio de um novo capítulo III a ser criado na própria Lei 9.099/95 para este fim específico; c) criação de um microsistema específico de caráter processual e procedimental normativo restrito, com aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, naquilo que lhe fosse aplicável.

Fez-se opção legislativa, desde o início dos primeiros esboços de Anteprojeto de Lei, pela terceira forma aludida, qual seja aquela preconizada no Projeto de Lei 3.999-A de 2001 (Poder Executivo) que se transformou na atual Lei 10.259/2001, delineando-se um microsistema específico para os Juizados Especiais Federais, a ser regido por normas próprias, contudo, com aplicação subsidiária da Lei 9.099/95⁷⁹.

A consequência mais importante da escolha legislativa referida foi o delineamento de uma ordem de preferência de aplicação subsidiária. Assim, nos Juizados Especiais Federais, regulados pela Lei nº 10.259/2001, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 9.099/95. Não oferecendo esta uma resposta adequada, apenas e tão somente é que se recorre ao Código de Processo Civil. Para a aplicação subsidiária tanto da Lei nº 9.099/95, como do CPC, exige-se a incompletude da Lei nº 10.259/2001, bem como a não colidência da norma supletiva com disposições deste diploma normativo⁸⁰. Conforme afirmam FIGUEIRA Júnior e TOURINHO Neto, o aplicador do direito “não deverá saltar para a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ou de Processo Civil, sem antes proceder a uma visitação acurada a todos os termos da norma subsidiária direta [Lei nº 9.099/95], em busca de solução para a hipótese em concreto, ou de ordem processual ou procedimental”⁸¹. Sintetizam, os autores citados:

A regra é simples, prática e objetiva. Se a Lei 10.259/2001 não regula a matéria em questão, haverá o intérprete e aplicador de buscar subsídios na Lei 9.099/95, desde que em sintonia com o novo microsistema. Persistindo a omissão ou incompatibilidade, haverá de buscar subsídios no Código de Processo (Civil ou Penal) e, finalmente,

⁸⁰ TOURINHO Neto, Fernando da Costa & FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 62-63.

⁸¹ TOURINHO Neto, Fernando da Costa & FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

haverá de utilizar-se da analogia, dos princípios gerais e dos costumes, sem perder de vista a importante regra autorizadora de tomada de decisões por equidade, prevista no art. 6º da Lei 9.099/95⁸².

Os comentários acima traçados, dirigidos sobretudo aos Juizados Especiais Cíveis, também valem para os Juizados Especiais Criminais, de sorte que não se pode deixar de mencionar a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, de consonância com o esquema retro detalhado.

Mais ainda, convém demonstrar que a subsidiariedade não se reconhece apenas ao CPC e ao CPP, em relação à Lei nº 9.099/95, ou ainda ao CPC, ao CPP e à Lei nº 9.099/95, no tocante à Lei nº 10.259/2001. Mais ainda, as Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001 tem sido também aplicadas subsidiariamente às normas processuais comuns. O primeiro diploma legal tem influenciado mais em nível principiológico. Por outro lado, a Lei nº 10.259/2001 traz regra que se dirige não especificamente aos Juizados Especiais Federais, mais sim às relações processuais que se desenvolvem sob a égide do processo comum. Trata-se do § 1º, do art. 17, *verbis*:

Art. 17. (...)

§ 1º Para os efeitos do § 3º, do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º caput⁸³).

A sincronia que se vindica para os processos comum e das “pequenas causas” é evidenciado no seguinte precedente:

TRF 5ª Região Apelação Cível nº 313971 CE Relator: Juiz Federal Edilson Nobre (convocado) - Segunda Turma, j. em 04/05/2004, por unanimidade, publ. em DJ de 16/06/2004.

⁸² “Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”. Grifos que não estão no original.

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel, A Instrumentalidade do Processo. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182. V. também do mesmo autor Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001 (vol. I).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. IMÓVEL ADQUIRIDO POR CASAL ATRAVÉS DE CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL HOMOLOGADA. PARTILHA. BEM DESIGNADO AOS FILHOS MENORES. LEGITIMIDADE ATIVA PARA POSTULAR O REGISTRO CARTORÁRIO DA QUITAÇÃO DO IMÓVEL E A AVERBAÇÃO NO PRÓPRIO NOME. PRINCÍPIOS DA SIMPLICIDADE, DA INFORMALIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. REFORMA DA SENTENÇA. ART. 515, § 3º, DO CPC. APLICABILIDADE. MATURIDADE DO FEITO. DISCUSSÃO DE ÍNDOLE JURÍDICA. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA COM DESCONTO. EXISTÊNCIA DE OUTRO FINANCIAMENTO BENEFICIADO COM O FCVS. IMPEDIMENTO À QUITAÇÃO. AFASTAMENTO. BAIXA DA HIPOTECA. TRANSCRIÇÃO.

1. Apelação interposta contra sentença, nos termos da qual se extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que os filhos do casal mutuário não teriam legitimidade para, em nome próprio, propor ação judicial visando discutir eventual direito alheio, no caso, de seus pais, consistente na possibilidade de quitar o empréstimo com desconto de 50% (cinquenta por cento) do valor do saldo devedor.

2. Os filhos do casal mutuário passaram a ter interesse direto em tudo que concernisse aos bens que lhe foram expressamente designados, em virtude do desfazimento dos laços matrimoniais de seus pais - através de separação consensual homologada por sentença judicial transitada em julgado -, inclusive na liberação da hipoteca que grava o apartamento financiado pela CEF, procedida à correspondente quitação, ainda que o contrato de mútuo tenha sido firmado, originariamente, pelos progenitores.

3. Caracteriza rigor exacerbado, incompatível mesmo com os fins almejados pelo processo, ceifar, de pronto, a demanda, desconsiderando a condição que passaram a ostentar os filhos, diante da separação judicial, simplesmente porque não compuseram eles a relação contratual inicial firmada para a aquisição do imóvel financiado. Não se pode olvidar a inclinação hodierna, na processualística, à singularidade e à efetividade (processo de resultado), traduzida especialmente nos princípios com os quais foram identificados os Juizados

Especiais, nos termos do art. 2o, da Lei nº 9.099/95. Mais do que apanágios dos mencionados Juizados, os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual, da celeridade e da solução conciliada constituem verdadeira tendência, fatores influenciadores do processo comum, cada vez mais aclamados como instrumentos de concretização do processo ideal, que seja leve, modesto, eficiente e justo. De fato, além de orientarem os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Estaduais e Federais, tais princípios têm instilado a atividade interpretativa das normas jurídicas do processo comum. Assim, se, por um lado, pode-se falar da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil - como norma geral do processo, no ordenamento jurídico brasileiro - em sede Juizados Especiais, por outro lado, é também possível defender o emprego subsidiário do direito dos Juizados Especiais no contexto do direito comum, pelo menos em termos principiológicos, tamanha a sua relevância para as modernas políticas processuais. Tais princípios alicerçam a tese em favor do reconhecimento da legitimidade ativa ad causam dos autores.

4. A teor do art. 515, § 3o, do Código de Processo Civil, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, modificada a sentença, está o Tribunal autorizado a julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

5. A União não é parte legítima para figurar no pólo passivo de ações em que se discute a liquidação antecipada do financiamento e a baixa da hipoteca, bastando que figure no feito a instituição financeira. Precedentes.

6. Inexistem dois financiamentos como fator impeditivo à pretensão dos autores. É de se ver que o primeiro financiamento foi acordado apenas pelo ex-cônjuge varão, quando ainda era solteiro, segundo dados fáticos não contestados pela CEF, enquanto o segundo financiamento restou contratualmente assumido por ambos os cônjuges, na constância da união conjugal. Consoante se constata da leitura da Lei nº 8.100/90, na parte que permaneceu íntegra, após promovida a alteração trazida pela Lei nº 10.150/2001 (lei de conversão de medidas provisórias), “ocorrendo a hipótese de um mutuário figurar como co-devedor em contrato celebrado anteriormente, não será

considerado como tendo mais de um financiamento”. A ratio da permissão embutida na norma alcança o caso concreto.

7. Pelo provimento da apelação, para reconhecer a legitimidade ativa ad causam dos autores e, prosseguindo no julgamento do feito, com fulcro no art. 515, § 3o, do CPC, julgar procedente o pedido, reconhecendo o direito à baixa da hipoteca, em vista da quitação empreendida, com a respectiva transcrição no registro imobiliário. (negritos nossos)

5. CONCLUSÃO: A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL.

De tudo o que foi dito, apreende-se a direção que, modernamente, vai sendo tomada pelo processo. Plenitude de acesso à justiça e processo útil ou de resultados são os grandes nortes que têm orientado a evolução do direito processual, significando afastamento de barreiras econômicas e formais à busca da tutela jurisdicional e melhoria em termos quantitativos e qualitativos dos serviços forenses com vistas à efetividade. Nesse sentido, é correto afirmar a ocorrência de uma publicização do processo, com o alargamento dos seus escopos e dos seus destinatários, ou, exposto de outro modo, o processo deixou de ser associado à simples técnica de solução de conflitos, no interesse restrito das partes da relação processual (caráter privatista ou individualista), e passou a ser concebido como instrumento de garantia da paz social, na medida de sua capacidade de promoção dos valores agasalhados pela ordem jurídica e da justiça no caso concreto.

Essa nova concepção de processo é tratada por Cândido Rangel DINAMARCO sob o título de instrumentalidade: a “grande premissa metodológica da processualística moderna” consiste “no enfoque instrumentalista e teleológico do processo mesmo, considerada agora como um sistema aberto e ‘dependente’, legitimado pela aptidão, que tenha ou positive, de prestar serviço à comunidade”⁸⁴. E segue o autor: “o que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, A Instrumentalidade do Processo. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190.

mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política”. Assim, demonstra o autor que, ao lado do fins eminentemente jurídicos do processo, exurgem os escopos sociais, representados pela caráter educativo que o processo assume e pela eliminação dos conflitos como condição de agregação social, e as finalidades políticas, consistentes no favorecimento da ampla participação popular como realização do princípio democrático. Trata-se de uma visão de inserção do processo, como instrumento ético e não meramente técnico, numa realidade muito mais ampla e complexa.

Os princípios, nessa contextura, são, como se viu, ao mesmo tempo, fatores e confirmadores dessa evolução. Do processo ideal, são inspiradores e concretizadores. Frise-se que a efetividade do processo sustenta-se, especialmente, no comprometimento (com) e na observância dos preceitos fundamentais que o embasam. A importância conferida aos princípios do direito processual se revela – embora não esteja necessariamente condicionada – pela sua crescente positivação – e em maior grau, constitucionalização (direito processual constitucional) –, e ainda pela sua constante invocação e pela atualização de suas leituras. Ao lado dos princípios que consagram os postulados e as garantias inerentes ao processo em geral, e em equilíbrio com eles, consolidam-se princípios de um processo novo, surgido em razão da transformação anteriormente apontada e que correspondem a anseios derivados da necessidade de simplificação e aceleração processual, de universalização da jurisdição, de inclusão dos miseráveis na estrutura processual, de atribuição ao magistrado de poderes mais amplos de participação e de decisão na lide. Estes princípios, por outro lado, passam a permear o processo geral ou comum, adaptando-o às novas exigências, que transbordam mesmo os limites do processo especial dada a representatividade que detêm das modernas aspirações.

Esse processo novo é particularmente representado pelo processo dos Juizados Especiais. Nessa direção, e acerca da vertente principiológica, diz-nos mais uma vez DINAMARCO:

Sob esse aspecto, merece ser lembrada a Lei das Pequenas Causas (substituída, hoje, pela Lei dos Juizados Especiais, com a mesma orientação) que, fiel à principiologia sedimentada através da disciplina e prática do processo tradicional, para o seu novo processo deu nova interpretação instrumentalista a cada um dos princípios: teve empenho em não mantê-los estratificados em suas formulações superadas pelas exigências do tempo, mas também a consciência de sua indis-

pensabilidade sistemática, que desaconselhava o seu imprudente banimento. Isso significa operacionalizar o processo, sem antepô-lo à justiça. Orientação deliberadamente instrumentalista.

Os Juizados Especiais são, assim, explicados, construídos e legitimados pelos seus princípios, cujo valor repousa na força identificadora das finalidades que o processo especial pretende alcançar, com o necessário condicionamento das correspondentes regras jurídicas a esses fins. Com isso, volve-se ao início das discussões (o papel dos princípios).

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998.
- ALVIM, J E Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Lisboa: Almedina, s/d.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Editora Líder, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. CAPITANIO, Paolo. 3ª ed. Campinas: Bookseller Editora, 2002, (vols. I e III).
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

- CRETELLA Neto, José. *Fundamentos Pirncipiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001 (vol. I).
- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES Filho, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- JIMÉNEZ, María Del Carmen Díaz. *Principios de Derecho Procesal Comunitario*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S A, 1996.
- Juizados Especiais Federais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários/Secretaria de Pesquisa e Documentação, 2000.
- Jurisprudência coletada na internet, nos endereços www.stf.gov.br, www.stj.gov.br e www.trf5.gov.br. Arquivos capturados no período de 20 de dezembro de 2002 a 30 de junho de 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 32ª ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY Júnior, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed.rev.atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21), 2002.
- NERY Júnior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4ª ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Luís Praxedes Vieira da. *O Princípio da Simplicidade nas Decisões Judiciais*. Texto gentilmente cedido pelo autor. 2002.

_____. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Campinas: Millennium, 2002.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 27ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1994 (vol. I).

TOURINHO Neto, Fernando da Costa & FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



Gráfica Barreto

Avenida Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE
Telefone: (81) 241.2866 - Fax: (81) 241.2609
E-Mail: graficabarreto@zaz.com.br