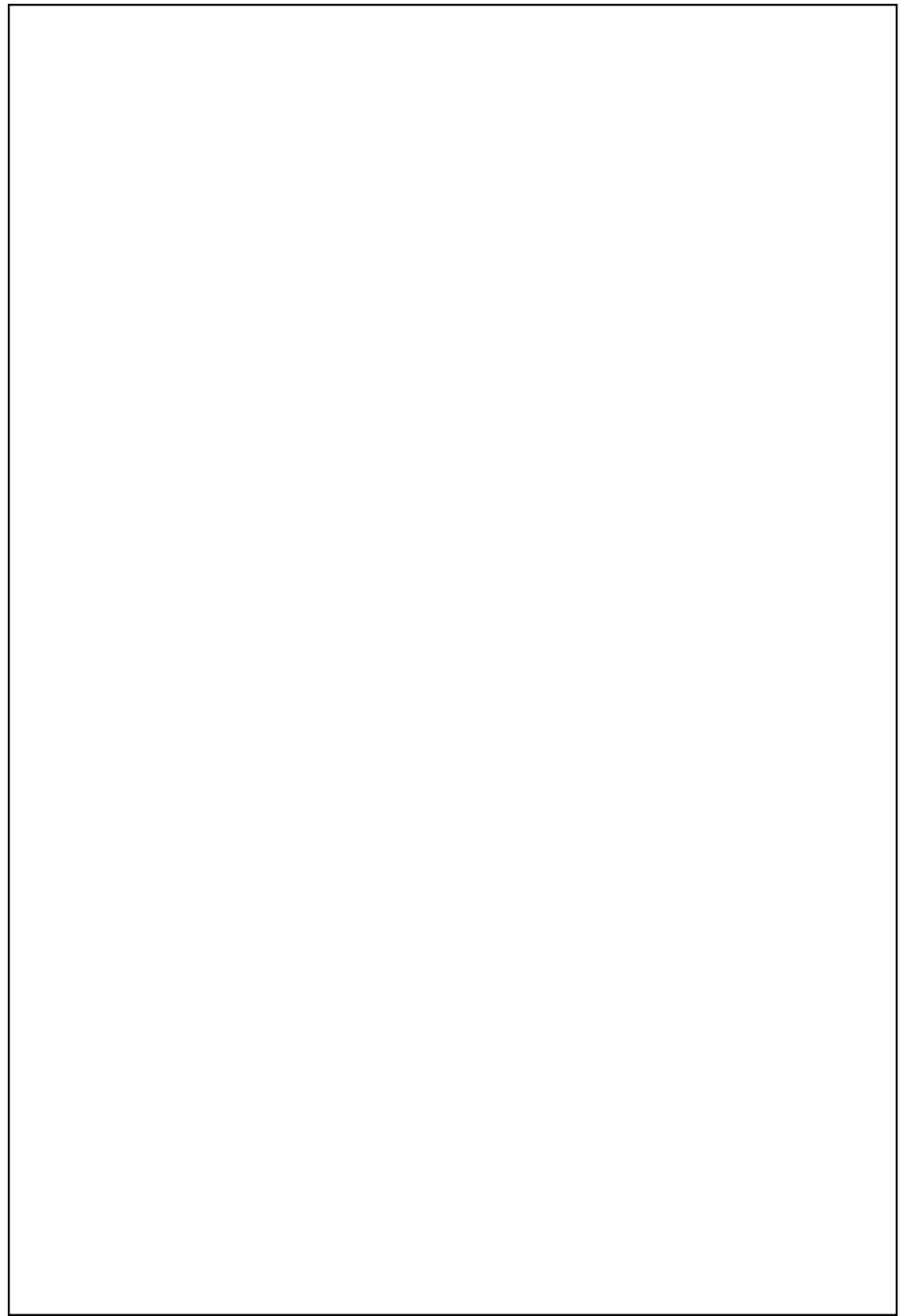


**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

JURISDIÇÃO
Pernambuco - Alagoas - Ceará
Paraíba - Rio Grande do Norte e Sergipe

Número 56 - Abril/Junho - 2004

**R. TRF 5ª REGIÃO Nº 56
COMEMORATIVA DOS 35 ANOS DE MAGISTRATURA
DO DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
p. 1 - 367, Abril/Junho - 2004**



**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

**Diretor da Revista
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI**

Administração

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Cais do Apolo, s/nº – Bairro do Recife
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
CARME MARIA VASCONCELOS MOTTA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Apoio Técnico

GUSTAVO PACÍFICO CABRAL

IVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Diagramação

GABINETE DO JUIZ DIRETOR DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.gov.br

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v. 1 (1989)
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Trimestral

A partir do v. 4, n. 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99 - Presidente

Desembargador Federal

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO **GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Diretor da Revista

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI
Vice-Presidente: Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO
Corregedor: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

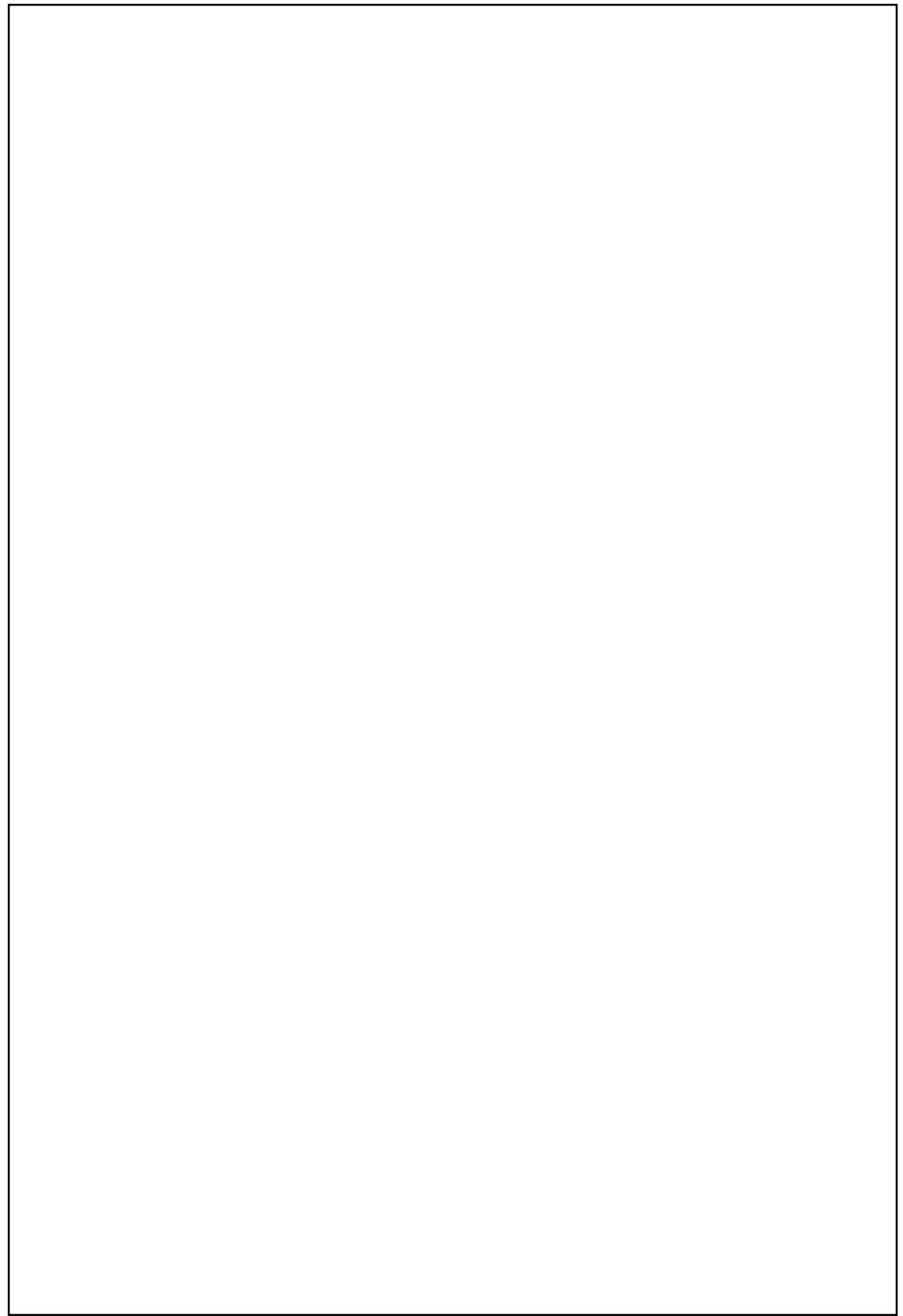
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA -
Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO GADELHA - Presidente
Desembargador Federal RIDALVO COSTA
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO



SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO

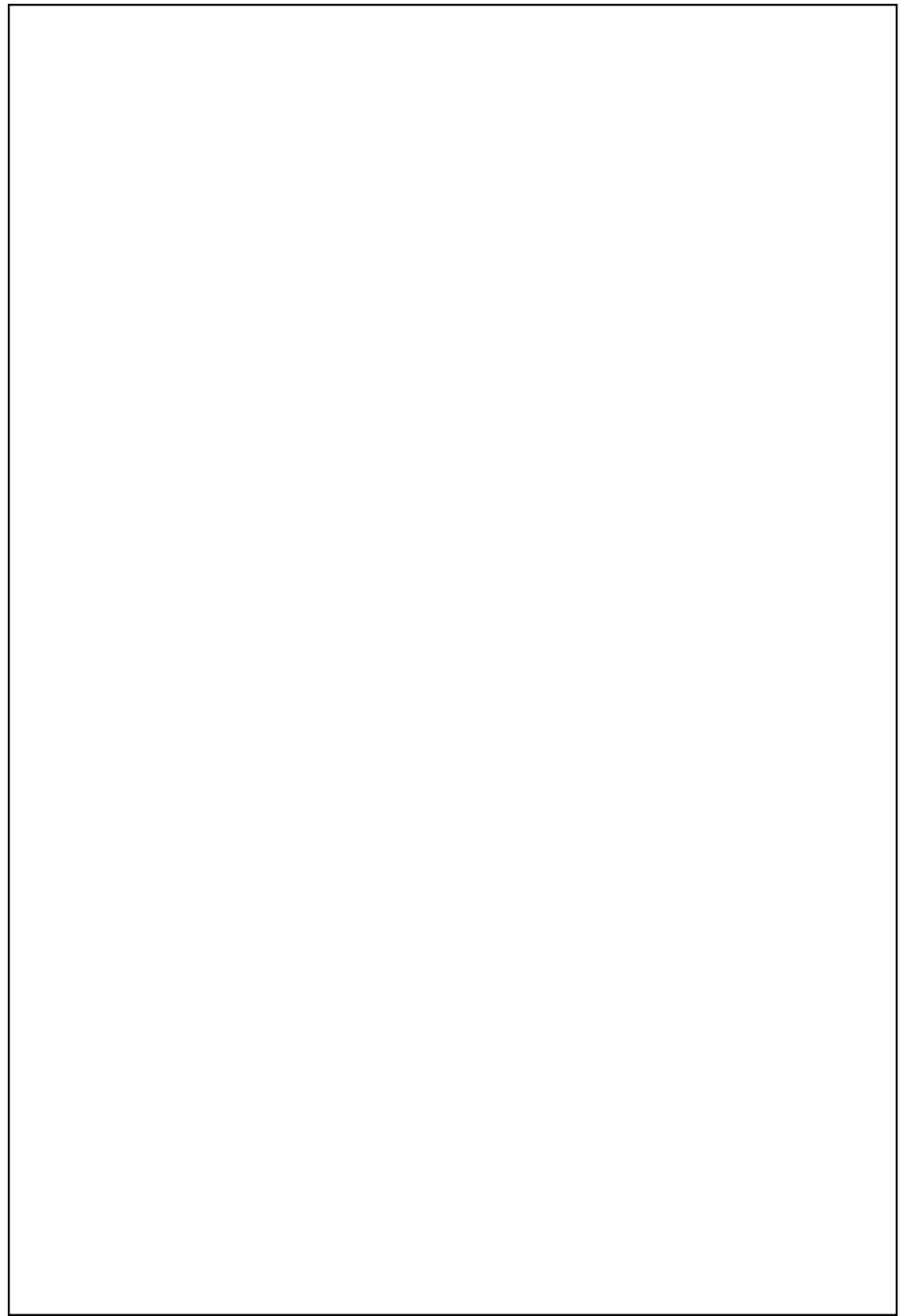
- 1. 1. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti 21
- 1. 2. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli 23

2. DEPOIMENTOS

- 2. 1. Desembargador Federal Lázaro Guimarães 27
- 2. 2. Desembargador Federal Paulo Gadelha 29
- 2. 3. Juiz Federal Alexandre Luna Freire 31
- 2. 4. Juiz Federal Edilson Nobre 33

3. DOCTRINA

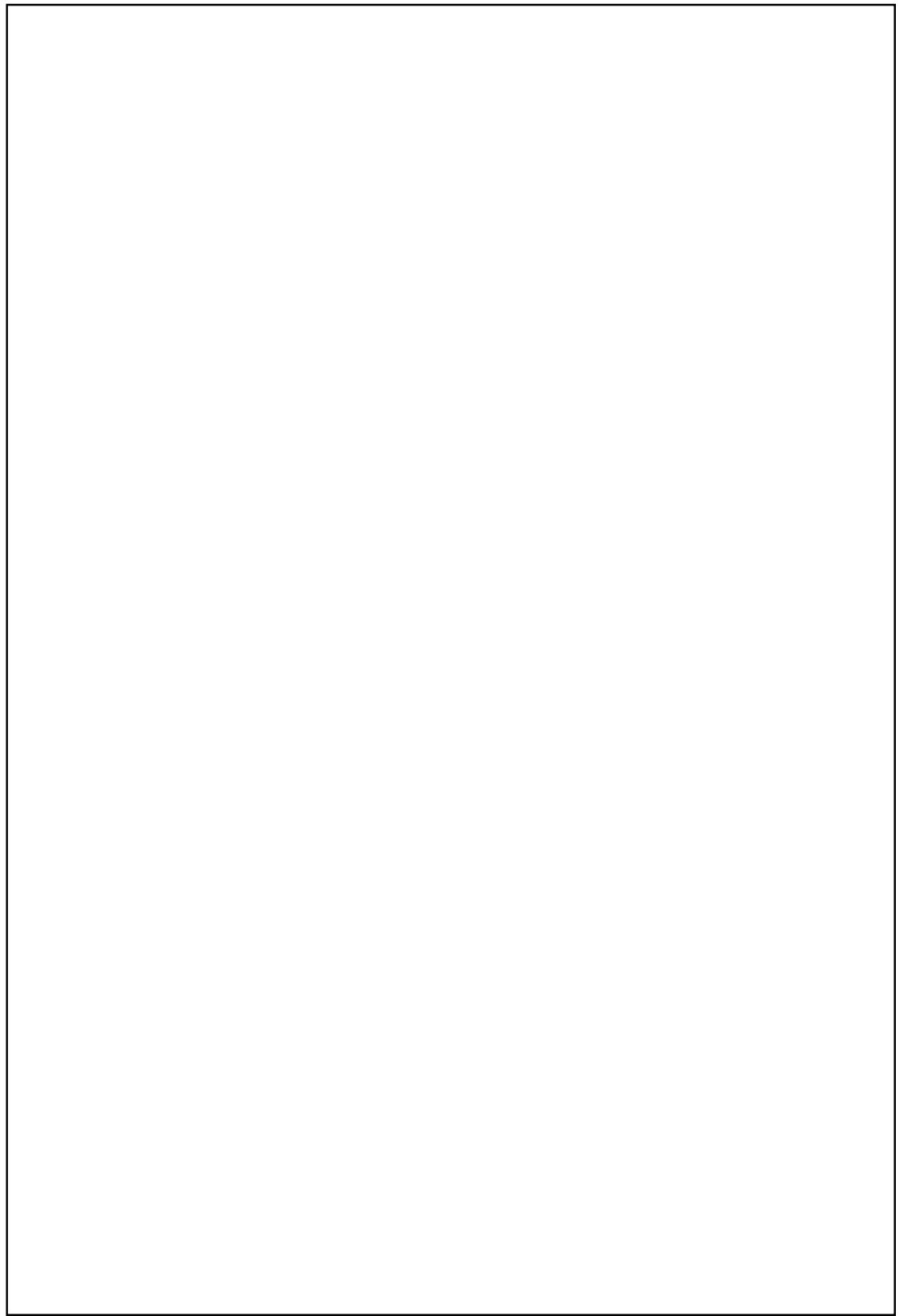
- 3. 1. Juíza Federal Germana Moraes 37
- 3. 2. Professor Doutor Oliveira Ascensão 43
- 3. 3. Desembargador Federal Lázaro Guimarães 74
- 3. 4. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti 91
- 3. 5. Desembargador Federal José Baptista 110
- 3. 6. Desembargador Federal Napoleão Maia Filho 121
- 3. 7. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel 141
- 3. 8. Desembargador Federal Paulo Gadelha 159
- 3. 9. Desembargador Federal Francisco Wildo 166
- 3.10. Desembargador Federal Marcelo Navarro 188
- 3.11. Juiz Federal Alexandre Luna Freire 264
- 3.12. Juiz Federal João Bosco 312
- 3.13. Juiz Federal Edilson Nobre 320





RIDALVO COSTA

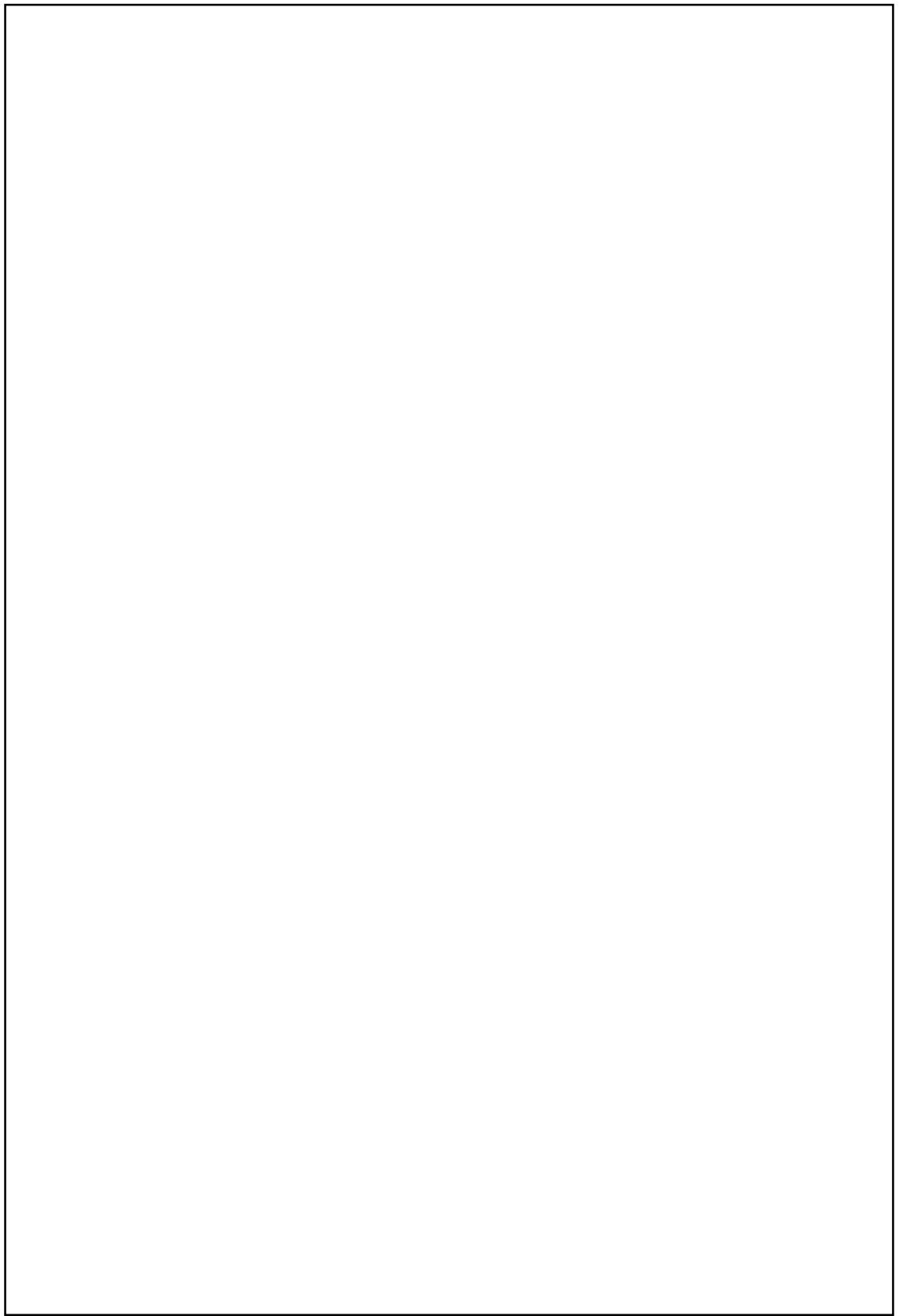
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRF 5ª REGIÃO



CURRICULUM VITAE

RIDALVO COSTA

MAIO - 2004



DADOS PESSOAIS

NOME: RIDALVO COSTA

DATA DE NASCIMENTO: 15 de novembro de 1937

FILIAÇÃO: Raimundo Silvino da Costa e Francisca dos Anjos Costa

NATURALIDADE: Caicó - RN

ESTADO CIVIL: Casado

CARTEIRA FUNCIONAL: 01 - Tribunal Regional Federal da 5ª Região

FORMAÇÃO ACADÊMICA E PROFISSIONAL

- Bel. em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE - 1963.

- Curso de Especialização em Direito Processual Civil - UFPB.

- Curso de Formação de Professor (sete meses) - Diretoria de Ensino Comercial - Natal/RN - 1967.

- Curso sobre "Princípios de Administração" - Escola de Ciências Econômicas do Rio Grande do Norte - 1967.

- Participante do VIII Seminário de Didática do Ensino Superior - UFPB - 1975.

- Curso sobre Segurança e Desenvolvimento - ADESG(PB) - 1972.

- Simpósio sobre a Justiça Federal - C.J.F.

- Membro da Comissão Organizadora do III Congresso Latino-Americano de Direito do Trabalho - 1981.

ESTÁGIO

- Seleção e Administração de Pessoal - Cia. Paulista de Força e Luz - São Paulo (SP) - 1967.

EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

- Ex-Professor de Legislação Aplicada e Direito Usual na Escola

de Comércio Sta. Terezinha - Caicó (RN) e na Escola de Comércio de Natal - RN.

- Ex-Advogado no Estado do Rio Grande do Norte.
- Ex-Assessor Técnico da Secretaria de Educação do Rio Grande do Norte.
- Ex-Chefe do Departamento de Pessoal da "Cia. Força e Luz Nordeste do Brasil" - Natal - RN.
- Ex-Vice-Prefeito e Presidente da Câmara Municipal de Caicó - RN.
- Ex-Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Autônoma de João Pessoa - PB.
- Ex-Professor de Direito Processual do Trabalho - UFPB.
- Ex-Representante do Departamento de Direito Público no Colegiado do Curso de Direito da UFPB.
- Vice-Diretor do Departamento de Direito Público - Curso de Direito - UFPB.
- Presidente da Comissão de Apuração do Tribunal Regional Eleitoral - PB.
- Coordenador do Recadastramento Eleitoral no Tribunal Regional Eleitoral - PB.
- Ex-Corregedor Regional Eleitoral.
- Juiz Federal de 1968 a 1989.
- Diretor do Foro - 17 anos.
- Juiz Federal em Alagoas (em Substituição).
- Membro do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba - 19 anos, sendo dois biênios como Juiz Suplente e o restante como Juiz Efetivo.
- Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - de 30.03.89 a 30.03.90.
- Presidente da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - de março a dezembro de 1990.
- Diretor da Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região -

1992/1993.

- Presidente da Comissão do 3º Concurso para Juiz Federal Substituto - Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
- Membro do Tribunal Regional Eleitoral – PE no biênio 2001/2002.
- Presidente da 3ª Turma do TRF 5ª Região no biênio 2001/2002.

PALESTRAS

- “Competência da Justiça Federal” - Encontro dos Magistrados da Paraíba (Patos-PB).
- “Noções de Direito Eleitoral” - Curso destinado a novos Juízes no Estado da Paraíba.
- “Execução Fiscal”- Curso destinado a novos Promotores da Paraíba.
- Ministrou aulas no período de 10 a 25 de maio de 1982 sobre Execução Fiscal em curso de aperfeiçoamento dos Procuradores do IAPAS - João Pessoa/PB.

SERVIÇO JUDICIÁRIO

- Processou e julgou cerca de 15.000 (quinze mil) processos na Justiça Federal da Paraíba.

PARTICIPAÇÃO EM ASSOCIAÇÕES

- Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra - Seção da Paraíba.
- Associação dos Juízes Federais do Brasil (Fundador).
- Associação dos Magistrados Brasileiros.

TÍTULOS HONORÍFICOS

- Cidadão Honorário de João Pessoa (Câmara Municipal).
- Cidadão Paraibano (Assembléia Legislativa).

- Cidadão Pernambucano (Assembléia Legislativa).

CONDECORAÇÕES

- Medalha do Mérito Militar.
- Medalha do Mérito Judiciário - Conselheiro João Alfredo - Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região.
- Medalha do Mérito Judiciário - Pontes de Miranda - Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
- Medalha Epitácio Pessoa do Tribunal Regional do Trabalho - 13ª Região.
- Medalha Frei Caneca do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

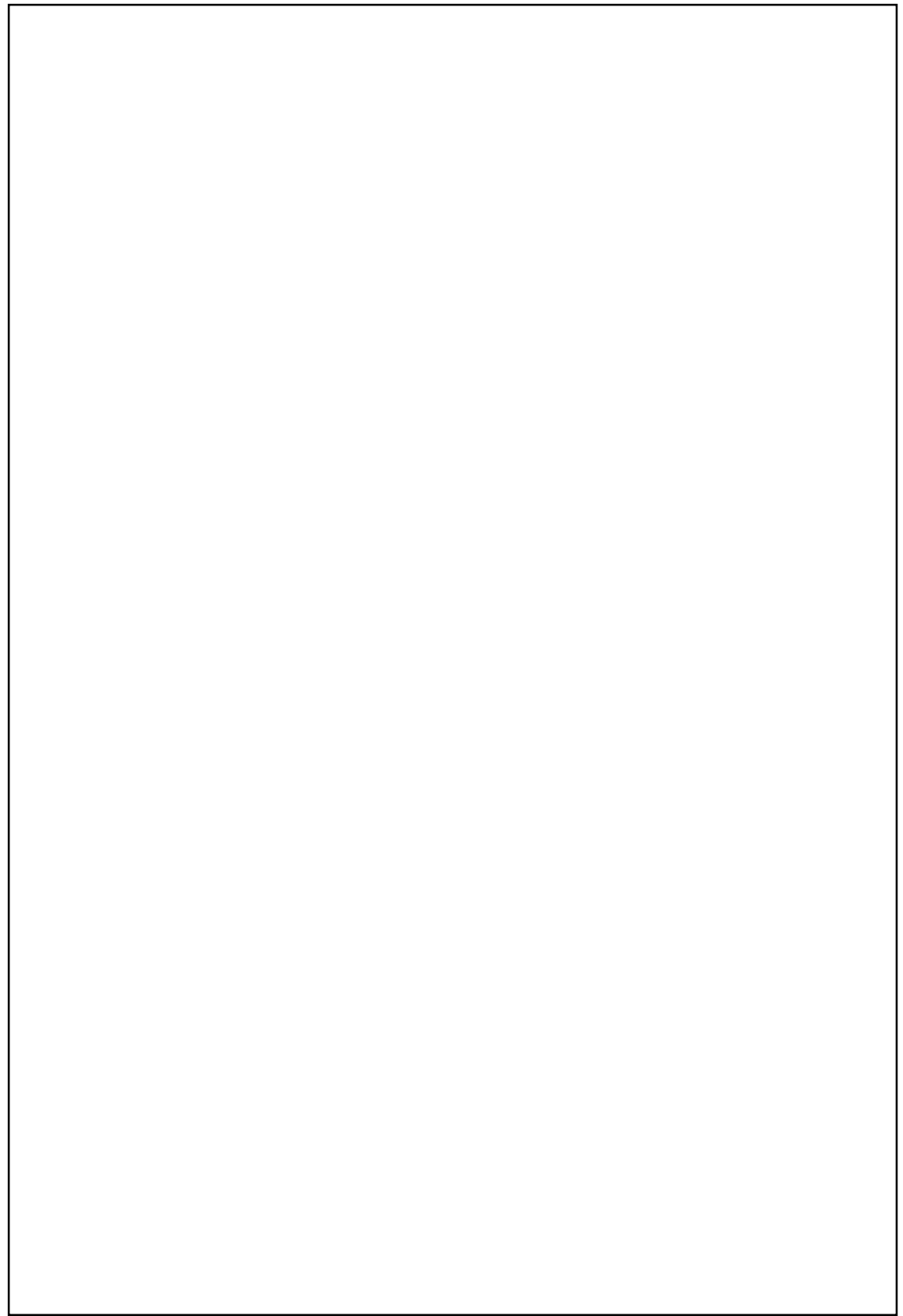
COMISSÕES

- Membro da Comissão de Concurso para seleção de servidores do TRE-PB.
- Membro da Comissão de Seleção de Professor Colaborador da Disciplina Direito Comercial - Curso de Direito da UFPB - 1979.
- Membro da Comissão do Concurso para Juiz Federal Substituto - Tribunal Regional Federal da 5ª Região - 1993.
- Membro da Comissão de Concurso de Juiz do Trabalho Substituto - Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região 1993.
- Membro da Comissão Permanente do Centro de Estudos Judiciários - Conselho de Justiça Federal - 1993.
- Presidente da Comissão de Regimento do Tribunal Regional Federal - 5ª Região.

CARGOS E FUNÇÕES ATUAIS

- Juiz Decano do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
- Professor Adjunto da UFPB.
- Presidente da Comissão do Regimento Interno do TRF 5ª Região.

APRESENTAÇÃO



APRESENTAÇÃO

Honra-me a edição desta Revista pela expressividade da data que soleniza e pelo merecimento da pessoa que agracia. Concedido para fins de comemoração dos TRINTA E CINCO ANOS DE MAGISTRATURA DO DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA, este exemplar revela o profundo respeito e a uníssona admiração que convergem ao ilustre Decano do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sempre referido por suas posturas paradigmáticas, dignidade, honestidade, sensibilidade, inteligência e competência, como um referencial de Magistrado, dedicado, há tantos significativos anos, à prestação reta da Justiça.

A Revista comemorativa dos TRINTA E CINCO ANOS DE MAGISTRATURA DO DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA buscou, destarte, reunir impressões sobre o preclaro Deão, e, especialmente, coligir produção doutrinária de estatura, sendo ele mesmo – o homenageado – um profissional erudito, identificado por seu apurado nível técnico e pela sua capacidade científica. Assim, com tais escopos, a Revista que ora se oferece à comunidade foi dividida em três partes, sob os dísticos “Apresentação”, “Depoimentos” e “Doutrina”.

O primeiro momento, após estas breves palavras introdutórias, corresponde ao pronunciamento da eminente Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que traz, em prosa, o *Curriculum Vitae* do Desembargador Federal Ridalvo Costa, delineando-lhe o elevado perfil, marcado pela plenitude decorrente da somação de atividades nobres: Magistratura, Docência e Ciência.

Na parte seguinte, são compilados testemunhos acerca do Desembargador Federal Ridalvo Costa, apresentados pelos Desembargadores Federais José Lázaro Alfredo Guimarães e Paulo de Tasso Benevides Gadelha e pelos Juízes Federais Alexandre Costa de Luna Freire e Edílson Pereira Nobre Júnior, dos quais se realça a expressão da proeminência do marco alcançado.

Finalmente, expõem-se os estudos colhidos na doutrina inter-

nacional e entre os Desembargadores Federais do TRF/5ª Região e os Juízes Federais integrantes da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, da qual proveio o Desembargador Federal Ridalvo Costa. Contribuíram, na composição da obra de homenagem, a Juíza Federal Germana de Oliveira Moraes – com estudo feito sobre o princípio da igualdade na perspectiva específica do Desembargador Federal Ridalvo Costa, o que lhe rendeu a posição iniciadora – e o Professor Doutor português Oliveira Ascensão – com importante contribuição teórica, refletora da grandeza do preito. Participaram, outrossim, os Desembargadores Federais José Lázaro Alfredo Guimarães, José Baptista de Almeida Filho, Napoleão Nunes Maia Filho, Luiz Alberto Gurgel de Faria, Paulo de Tasso Banevides Gadelha, Francisco Wildo Lacerda Dantas e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, inserindo-me, ademais, nesse elenco. Concluem, a Revista, os Juízes Federais Alexandre Costa de Luna Freire, João Bosco Medeiros de Souza e Edílson Pereira Nobre Júnior.

Àquele que representa, segundo vozes acordes, a própria personificação da Corte Regional que integra, rendem-se as mais francas homenagens, na forma a que sempre se devotou, a de produção do Direito.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Diretor da Revista

RIDALVO COSTA, BREVE PERFIL DE UM MAGISTRADO

Traçar, ainda que de um modo breve, o perfil do Juiz Ridalvo Costa é tão imenso quanto honroso desafio. Favorece-me, porém, o convívio amigo no Tribunal Regional Federal, onde, desde que ingressei, tenho sido testemunha de sua competência e serenidade, as quais, há muito – imagino – são como suas grandes balizas para a tantas vezes difícil missão de bem julgar.

Fundador, primeiro presidente e hoje decano do nosso Tribunal Federal da 5ª Região, Ridalvo Costa é potiguar de Caicó. Isso em suas raízes, pois hoje, por sua biografia, é na verdade um grande cidadão do Nordeste, do seu amado Nordeste, cujos estados de Pernambuco e da Paraíba já lhe conferiram, justa e merecidamente, o título de Cidadão. No Recife, em 1963, bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela tradicional Faculdade de Direito. Posteriormente, na sua tão querida Paraíba, se especializaria em Direito Processual Civil, tornando-se o extraordinário processualista a quem todos admiramos. Foi ainda na Paraíba que por dezessete anos foi diretor do Foro, julgando, então, quinze mil processos. Naquele estado, também atuou por quase duas décadas no Tribunal Eleitoral. E tudo isso sem nunca ter abandonado o magistério, o amor à sala de aula e a várias gerações de alunos.

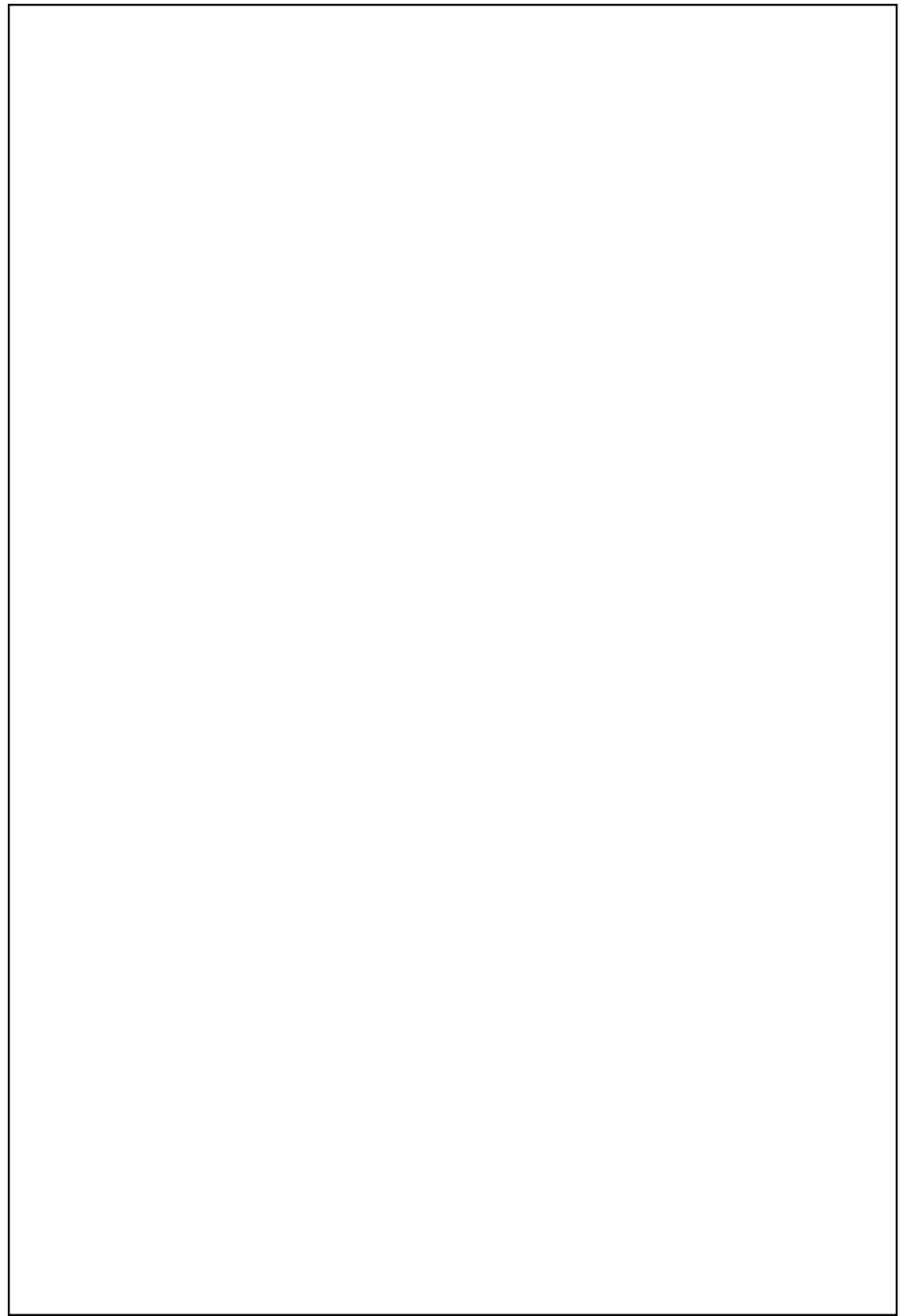
Em 1968, ingressou na Justiça Federal e, em 1989, já com sua carreira consolidada, é nomeado, pelo então Presidente José Sarney, desembargador do TRF/5ª Região, onde intensamente trabalharia, na qualidade de membro e de presidente, para a estruturação e o aprimoramento da nova Corte. Além de presidente, sua atuação no nosso Tribunal se desdobrou em várias outras missões, a exemplo de presidente da Primeira Turma, de março a dezembro de 1990, e presidente da Terceira Turma, no biênio 2001-2002; de Diretor da *Revista do TRF* e de presidente da Comissão de Regimento, que atualmente exerce. Tendo dado “raízes ao TRF/5ª Região” – como certa vez comentou –, o Desembargador Ridalvo Costa, com sua devoção à causa da Justiça, também nos tem legado, a todos os que fazemos essa Corte, as “asas” para voar cada vez mais alto.

Com trinta e cinco anos de magistratura federal, esse Cidadão do Nordeste, cujo “saber de experiência feito” é um orgulho para seus pares, nunca se limitou às paredes de um gabinete e à rotina dos expedientes. Assim, não por acaso, é um dos fundadores da Associação dos Juizes Federais do Brasil e um palestrante incansável para platéias que amam ouvir o seu saber jurídico e a sua cultura humanística.

De sua personalidade e de sua biografia – aqui tão ligeira e modestamente abordadas –, ressalto ainda a jovialidade, a inteligência e o bom humor. Tão harmoniosamente interligados os três, que sempre nos absolvem do peso da rotina e fazem de nossa convivência – tanto a pessoal quanto a profissional – um encontro de crença em nossa missão em prol dos injustiçados deste grande País.

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Presidente do TRF da 5ª Região

DEPOIMENTOS



O FEITO SINGULAR DE UM GRANDE JUIZ

José Lázaro Alfredo Guimarães*

O desembargador Ridalvo Costa completa, nesta quinta-feira (16/10), 35 anos como juiz federal, feito único na História do Judiciário brasileiro. Dos seus antigos colegas fundadores da Justiça Federal, somente o ministro Carlos Mário Velloso ainda está em atividade, mas no Supremo Tribunal Federal, tendo deixado a Justiça Federal de segunda instância em 1989, quando passou a integrar o Superior Tribunal de Justiça. O mais significativo neste marco é que Ridalvo Costa mantém, neste longo tempo de atuação judicante, o mesmo entusiasmo, a mesma dedicação ao trabalho, a serena sobriedade com que assumiu, em 16 de outubro de 1968, o cargo de juiz federal, em Rondônia.

Decano do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e seu primeiro presidente (1989/90), é a voz que todos os seus colegas ouvem com atenção redobrada, em todas as ocasiões. Cuidadoso na análise da prova, estudioso em profundidade dos temas submetidos à discussão, seus votos sempre orientaram o entendimento do colegiado, a sua liderança, moral e intelectual, exerce-se naturalmente, é incontestável desde a época da instalação, no edifício Frei Caneca, da Avenida Cruz Cabugá, no Recife. Ali, quando as condições materiais eram precárias, havia pouquíssimos funcionários, uma sala improvisada de sessões e um amplo salão com algumas mesas para o trabalho dos dez juízes, começou-se a implantar uma estrutura que logo se fez reconhecida como a melhor aparelhada dentre os tribunais brasileiros. Lembro-me de sua preocupação como presidente, e que hoje tem a mesma intensidade, em acentuar a independência e a autonomia do Tribunal, da luta para que a instituição se afirmasse não só perante a sociedade nordestina, mas também ante o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e os juízes de primeiro grau,

* Professor Coordenador do Núcleo de Direito Processual da Faculdade Baiana de Ciências - FABAC e Desembargador Federal do TRF 5ª Região.

que estavam acostumados ao contato direto com Brasília e pareciam desconhecer a peculiaridade de se encontrarem, a partir de então, vinculados a um Tribunal. A sua postura altiva, a sua defesa das prerrogativas institucionais, o seu modo firme, embora terno, de combater quaisquer tentativas de amesquinhar as funções do TRF/5ª, do seu trabalho resultou o progressivo reconhecimento do papel da corte. A sua presidência se exerceu em sintonia fina com os colegas. Nos momentos difíceis, sempre foi decisiva a sua atuação. Quando tinha que ser duro, era dureza, mas sem perder jamais a cordialidade, a elegância no trato. Como em todo grupo, houve alguns atritos, inclusive seus, com um ou outro juiz, durante os debates. Um único caso resultou num estremecimento que perdurou apenas o tempo para o antigo desafeto perceber a grandeza do caráter de Ridalvo e a afirmar publicamente.

Atento aos horários, sempre foi o primeiro a chegar às sessões, quando presidente, e, depois, quando passou a integrar as turmas de julgamento (1ª e, em seguida, 3ª). Seus votos são modelares, têm a dimensão exata da decisão judicial. Não buscam o academicismo, mas aprofundam os temas relevantes para a solução da causa, na medida certa e em linguagem clara e objetiva.

Filho de ilustre família potiguar, nascido em Caicó, apaixonou-se pela cidade e pelo povo de João Pessoa, onde foi juiz federal por mais de 20 anos e onde continua residindo, embora em alternância com Recife, desde 1989. Ali também exerceu com brilho o Magistério na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, lecionando Processo Civil.

A sua conversa é agradável, flui como uma música bem interpretada. As suas tiradas de humor sutil são antológicas. Conhece literatura como poucos, aprecia o bom vinho, a melodia, as viagens e tudo o que vale a pena nesta vida, na boa companhia de sua esposa, Maria Lúcia, das quatro filhas e dos netos, mas também nas rodas de amigos, que o admiram, respeitam e querem bem. Trata-se de um grande homem, sem dúvida, porque é inteiro e porque é único. Nenhum de nós que integramos o grupo de fundadores do TRF/5ª poderá alcançar o seu feito. Ali restamos eu, que só poderei atingir a marca de 34 anos de Justiça Federal, em 2016, se viver até lá, e Petrucio Ferreira, que, observado o limite de 70 anos, terá 30 anos como juiz federal, em 2009.

RIDALVO COSTA: A JUSTIÇA EM TEMPO INTEGRAL

Paulo Gadelha*

Max Weber, autor da clássica e consagrada obra – A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo –, observa que existem políticos por vocação e políticos por profissão. A digressão do renomado sociólogo alemão, com certeza, se aplica às outras atividades humanas. Tem horizontes mais amplos. Desenha o perfil de outras categorias sociais.

Nesta escala de valores, Ridalvo Costa é, inquestionavelmente, o jurista por vocação. Aliás, com méritos incontestáveis. Há 35 anos aplica o Direito com dignidade, sensibilidade e espírito de justiça. Inegavelmente, segue com fidelidade a lição de Del Vecchio, quando doutrina soberano: “Nós não devemos apenas obedecer às leis, mas antes de tudo vivificá-las e cooperar para sua renovação. O respeito à legalidade representa apenas um aspecto, e não o mais alto, da nossa missão humana, porque, através da legalidade de hoje, cabe-nos preparar a de amanhã, seguindo, por um trabalho perpétuo, aquela idéia de justiça que, imanente e sempre renovada no nosso espírito, se encontra em todas as leis, porém em nenhuma se exaure”.

Este tem sido, realmente, o comportamento do desembargador federal Ridalvo Costa ao longo de sua serena, sóbria e eloquente judicatura. Herdeiro de bravura do seridó potiguar, é, metáfora à parte, o magistrado que todos gostariam de ser. Decide com respeito devido aos três valores que informam a liturgia processual: a prova, a doutrina e os precedentes jurisprudenciais.

Todos eles objetivamente analisados com o esmero técnico-legal que cada situação exige.

Um fetichista da lei, sem perder a emoção das ruas, mas sem a ela se submeter. Simbiose perfeita entre a norma legal e o fato a ela aplicado. Tal postura, ética e modernamente desafiadora, amol-

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

da-se, como a mão à luva, ao descrito por Jonathan Swift, no seu épico livro – As Viagens de Gulliver –, lembrando o instante em que o aplicador da lei deve estar antenado com as peças que formam os altos e a versão e o bulício que vêm das ruas.

É este, de fato, o perfil do desembargador federal Ridalvo Costa, o respeitável decano do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Por tudo isso, são justas as homenagens que lhe são tributadas por seus colegas de toga, auxiliares, funcionários, amigos e admiradores.

Unânime reconhecimento a um julgador que, mercê do seu talento, lhaneza de trato, espírito público, amor ao Direito, é referência obrigatória, quando o tema é o homem dignificando a profissão abraçada. Com certeza, despachando, sentenciando, votando, doutrinando, jurisprudenciando, Ridalvo Costa pode, à maneira de Jorge Luís Borges, afirmar: “Não sei se o que escrevo dá alegria a alguém, mas eu me alegro muito escrevendo. Talvez isso baste para justificar o que faço”.

Sem dúvida, Mestre Ridalvo Costa, o que você escreve, decidindo, faz alegre, feliz e humano o complexo mundo dos processos.

TRINTA E CINCO ANOS SUBSTANTIVOS

Alexandre Costa de Luna Freire*

O Doutor Rogério Fialho, na linha de frente do “Acontecendo”, convoca-me para escrever algumas linhas sobre os anos de magistratura do Juiz Ridalvo Costa.

- Prá quando? Pergunto, de imediato.
- Amanhã, senão já aconteceu!

Nunca o vi com a imagem estrita do título pois sempre a nossa comunidade estimou Ridalvo, o Juiz Federal, acima do cargo e à altura da função. A pessoa imprimiu a forma substantiva humana de um outro conosco. Atencioso construindo respeito. Firme, forte até dizer basta, não precisou distanciar-se ao inóspito. A cordialidade, a congregar amigos de sua conversa amena, solidária e, tão rara, hoje-em-dia, sincera. Entre a crítica subjetiva e a construção de alternativa objetiva, fez desta opção.

A Justiça da Paraíba lhe deve muito. A discrição e a modéstia, virtudes subjetivas que lhe marcam o perfil, dispensam-nos de realçá-las. Foi uma obra longa que se sobrepõe às novidades de momento, às homenagens fugazes, à retórica das circunstâncias. Erigiu a Seção Judiciária ao respeito, durante as duas décadas que emprestou abnegação, espírito público, antecipando-se, na prática, à teorização da qualidade total no Judiciário, serviço público indispensável à Democracia no Século Vinte e Um. Esse patrimônio institucionalizou-se, em outras palavras, transferiu discretamente aos que vieram depois. As responsabilidades também.

Professor de Processo Civil, ramo do Direito, na visão de Pontes de Miranda, “mais rente à vida”, fez-se Mestre na Vida e no Direito, na literatura e na cultura paraibanas, adotando, para sorte nossa, a cidadania paraibana, por título de fato e de direito quando saiu de Caicó, sem que aquele “céu tão azul” tenha esmaecido.

Foi a Recife instalar o Tribunal Regional Federal da 5^a Região

* Juiz Federal. Mestre em Direito. Professor do IESP.

e traçar-lhe uma linha de Corte Federal, a lembrar o espírito do conterrâneo geográfico na visão Federativa de Amaro Cavalcanti, a separação de Poderes e a função do Judiciário de Seabra Fagundes e a cultura nordestina de Câmara Cascudo. Mais década e meia, configurando a judicatura de que precisamos.

Não derramou-se em publicações, nem muitos discursos, e nem sentenças longas ou muito palavrório. As sentenças e os Acórdãos são “enxutos” numa expressão informal. Nem mais nem menos do que o essencial, nem além do necessário. Isso é doutrina, ao meu ver, de verdade. A palavra de quem assimilou o significado para exprimir a idéia e ser recepcionada na linguagem de todos e precisamente do profissional do Direito. A maturação do pensamento na alegoria de Vieira para os que se excedem: “Desculpem-me por ter sido longo, por não ter tido tempo de ter sido breve.” Em Comunicação é o que se diz: um bom texto, um texto enxuto.

O zelo pela Toga conjuga-se com o zelo institucional. Assinalando obediência à ordem jurídica revelou o espírito decisório. Deveres do Cargo e Responsabilidades da Função.

Sobre Ridalvo, o amigo e o Juiz, confesso uma inveja, a de não saber dizer como o Professor Flávio Colaço, o verdadeiro perfil, na Apresentação de uma (Seleção de Acórdãos): “*Pronunciamentos Judiciais*”:

.....
“ Dr. Ridalvo é, sem dúvida, um personagem ímpar. Cultor dos Clássicos, a sua linguagem é polida, como, aliás, polidos são os seus gestos, as suas atitudes, a sua vida.
A sociedade o conhece como nobre cavalheiro, homem de posições firmes e de grandes amizades. Já os amigos o admiram e, nele, aplaudem a constante solidariedade, a cotidiana responsabilidade e a inigualável eqüidade.”
.....

Trinta e cinco anos, portanto, não é um numeral, nem um adjetivo, é um substantivo para o tempo de magistratura e para uma legenda.

PERFIL DE UM MAGISTRADO*

Edilson Pereira Nobre Júnior**

As adversidades climáticas do semi-árido sempre propiciaram ao seridoense a coragem necessária para realizar grandes feitos. Assim é que Ridalvo Costa, um dos dezesseis filhos do casal Raimundo Silvino da Costa e Francisca dos Anjos Costa, fez-se cidadão digno do orgulho potiguar.

Formado na tradicional Faculdade de Direito do Recife, casa de Tobias Barreto, onde fora aluno de mestres da estirpe de Pinto Ferreira, Aníbal Bruno e Soriano Neto, retornara às plagas locais em meados da década de sessenta, tendo atuação na advocacia, no Ministério Público, junto à Comarca de Jucurutu/RN, e na política local, onde fora eleito Vice-Prefeito do Município de Caicó, até que o destino lhe convocara à missão de integrar os primeiros quadros judicantes quando da restauração da Justiça Federal, havendo, em 16-10-68, assumido suas funções na Seção Judiciária de Rondônia.

Um ano mais tarde, é removido para a Seção Judiciária da Paraíba (PB), onde integrou por aproximadamente dezenove anos a composição do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, sendo, sem sombra de dúvida, o magistrado brasileiro que mais tempo prestou serviços perante um tribunal eleitoral.

A instalação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 30-03-89, por força do mandamento do art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, patrocinara o seu retorno ao Recife da saudável recordação dos tempos estudantis, cabendo-lhe a condição de primeiro presidente da referida Corte, para a qual fora nomeado com a peculiaridade de haver sido o único membro da composição original a obter, quando da inclusão de seu

* Artigo publicado no jornal *Tribuna do Norte*, do Estado do Rio Grande do Norte, no dia 16/10/2003.

** Juiz Federal e Professor da UFRN.

nome em lista tríplice, o voto da unanimidade dos vinte e sete ministros do então Tribunal Federal de Recursos.

No primeiro semestre de 2001, por indicação de outro seridoense de grande fibra, o Des. Araken Mariz de Faria, tive a oportunidade de integrar, durante um mês, a composição do Tribunal Regional Federal. No desenrolar das sessões plenárias deste, fui brindado com a ocasião de admirar as ponderações, fundamentadas e, sobremaneira, justas, advindas do decano da Corte, no deslinde das questões submetidas ao descortino daquele sodalício, as quais sempre cativavam o respeito da maioria dos seus juizes, tal qual um maestro na regência de uma orquestra. Nos seus votos, marcante a preocupação com a justiça do caso concreto, sem descurar-se dos ensinamentos emanados da doutrina.

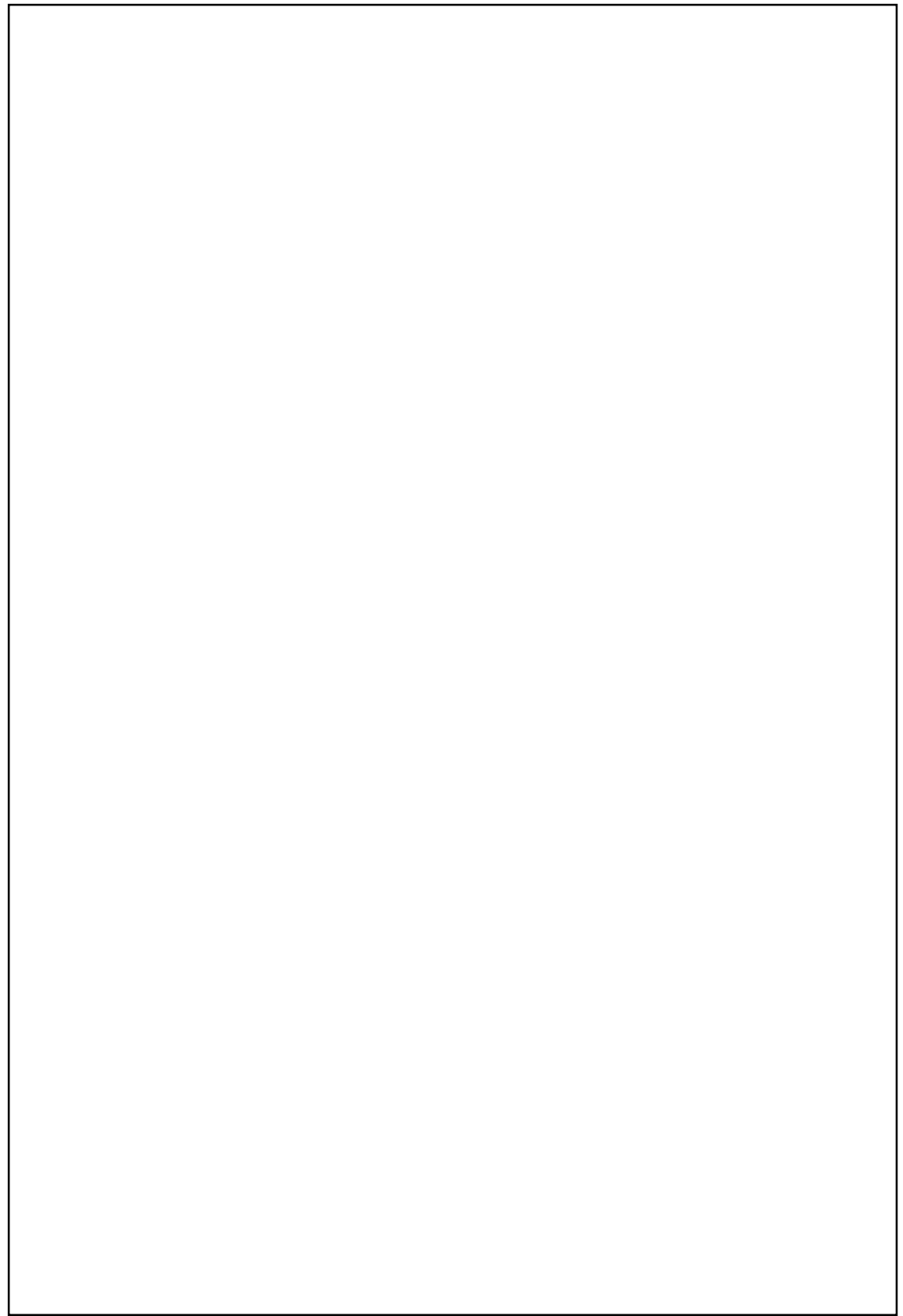
No vizinho Estado da Paraíba, alternando com a magistratura, manifestou-se a vocação do mestre, lecionando direito processual civil na Universidade Federal da Paraíba e na Universidade Autônoma de João Pessoa, ocasião em que pode expressar sólida formação doutrinária sobre a matéria, haurida do culto tanto dos autores clássicos como dos modernos, obtendo enorme reputação acadêmica, como certa feita me recordou, nos princípios deste ano, o hoje Professor Fredys Orlando Sorto, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, sem contar na influência que seu exemplo exercera em novos e brilhantes profissionais do direito, como Alexandre Costa de Luna Freire, Luciano Mariz Maia, Manuel Maia de Vasconcelos Neto, Rogério Fialho, José Augusto Peres Filho.

Esse o seu exemplo, que hoje alcança coroamento com a últimação de trinta e cinco anos no exercício da judicatura, o qual é assinalado pelo norte da dignidade, sem esquecer a qualidade, conatural à sua personalidade, da elegância com que se pautou durante as difíceis missões que o destino lhe reservara.

Isso tudo sem esquecer o bom e afetuoso esposo e pai de família.

Creio que o legado de Amaro Cavalcanti foi honrado na trajetória do Desembargador Ridalvo Costa.

DOUTRINA



A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ATRAVÉS DO PRISMA DO DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA

Germana de Oliveira Moraes*

A jurisprudência desempenha papel fundamental na concretização do princípio da igualdade, como de resto, na conteudificação dos demais princípios constitucionais.

A definição do conteúdo do princípio da igualdade, em sua dimensão concreta, depende, em grande parte, do perfil que lhe atribuem os Juízes e Tribunais.

A avaliação dos resultados do Poder Judiciário, antes de fazer-se por meios quantitativos – por intermédio de números, em milhares, ou do peso, em toneladas, dos processos julgados, há de fazer-se pela qualidade dos julgamentos.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o Desembargador Ridalvo Costa, seu fundador e atual decano, tem se destacado pela habitual prudência de suas decisões, nas quais se percebe a perseverança, conforme revelou em seu discurso de celebração dos 15 anos daquela Corte, em “ser guiado pelo amor, segundo a lição de Kelsen, no paralelo traçado entre o ideário de Platão e os ensinamentos de Cristo, cujo maior fundamento era a verdadeira justiça do amor: retribuir o mal não com o mal, mas com o bem, justiça que não se confunde com o sentimento humano, uma vez que é completamente contrário à natureza humana, amar seu inimigo, mas para melhoria de nossas condições de julgar sem preconceitos e com o que exista de melhor em cada julgador, e se alcance a justiça relativa, com um significado próprio para cada um de nós, resultando em uma justiça de liberdade, de paz, da democracia e da tolerância.”¹

* Juíza Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Ceará e Professora da Universidade Federal do Ceará.

¹ COSTA, Ridalvo – “TRF – 15 anos”, *In Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, nº 6, Recife, abril 2004, p. 15.

Para demonstrar a veracidade desta afirmação, analisa-se o tratamento que o Desembargador Ridalvo Costa, durante os quinze anos do exercício da magistratura no Tribunal Federal da 5ª Região, vem conferindo ao princípio da igualdade, uma das manifestações mais expressivas do valor Justiça.

Seguindo o esquema teórico que desdobra o princípio da isonomia nas dimensões formal (igualdade perante a lei) e material (igualdade na lei)², procuraremos extrair dos julgamentos do Desembargador Ridalvo Costa, a síntese da tendência predominante do trato que ele vem dispensando à igualdade.

1. A IGUALDADE FORMAL – IGUALDADE PERANTE A LEI

Da concepção da igualdade formal decorre o direito a que a norma jurídica seja aplicada indiscriminadamente a todos aqueles que se encontrem em situação idêntica, não se tolerando que a lei possa deixar de ser aplicada para alguns em razão da raça, do sexo, da condição econômica, da orientação sexual, da idade, da convicção política ou religiosa, ou de qualquer outro critério de classificação de seus destinatários.

Essa igualdade perante a lei traduz-se na impossibilidade de subtrair da incidência da norma jurídica algumas pessoas dentre aquelas às quais o comando se destina.

Ao interpretar o artigo 40 par. 5º c/c os artigos 221-V e 226 da CF/88, com amparo nesta dimensão do princípio da isonomia, reconheceu o Desembargador Ridalvo Costa ser “devida ao viúvo pensão por morte de ex-servidora falecida”, afirmando que “a Constituição Federal consagrou o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, não distinguindo, para efeito de concessão de pensão por morte do servidor, ser o beneficiário homem ou mulher”. (REO 131474, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, *In DJ* de 09.10.98, p. 658)

Observou o Relator neste julgamento o princípio constitucional da isonomia, impeditivo de restrições em função do sexo, nada obstante os preconceitos que possam ainda subsistir na socieda-

² A propósito consultar o livro de nossa autoria “Controle Jurisdicional da Administração Pública”, 2ª ed., Dialéctica, São Paulo, 2004, p. 151.

de, quanto ao direito de o viúvo perceber pensão legada pela falecida esposa.

2. A IGUALDADE MATERIAL - IGUALDADE NA LEI

Noutros julgados do Desembargador Ridalvo Costa, a concretização do princípio da isonomia ultrapassa sua dimensão formal, detectando-se a consagração do aspecto material, seja para admitir a razoabilidade de diferenciações, seja para, no pólo oposto, reconhecer desequilibradas legais ofensivas à amplitude conceptual do princípio em pauta.

Assim, decidiu que “inexiste quebra ao princípio da isonomia tributária no tratamento dispensado às instituições financeiras na determinação da base de cálculo da COFINS pela Lei 9.718/98, tendo em vista as peculiaridades por ela desenvolvidas.” (AMS 77474, *In DJ* de 05.09.2002, p. 492)

Na busca do significado do princípio da isonomia como igualdade na lei ou igualdade material, importa aferir se as diferenciações legais de tratamento se assentam em justificação razoável e harmônica com os valores constitucionais. No exemplo acima citado, analisando a situação de fato, conclui o Relator que a existência de diferenças peculiares nas atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras justificam a diferença de tratamento tributário em relação às demais empresas. Com argumentação semelhante, decidiu o Desembargador Ridalvo Costa que a “Portaria n. 09/97, do extinto DNC, ao proibir os revendedores de combustíveis de adquirirem seus produtos diretamente das fontes produtoras, não violou o direito constitucionalmente assegurado ao livre exercício da atividade econômica, nem ofendeu os princípios da isonomia e da livre concorrência.” (Agravo de Instrumento 30990, *In DJ* de 16.08.2002, p. 1420).

Ao apreciar outro caso concreto, o Desembargador Ridalvo Costa, afastou, porque ofensiva à isonomia constitucional, a incidência de norma veiculadora de diferenciações desarrazoadas, quando considerou inconstitucional a restrição prevista na Lei 9.563/97 (Agravo de Instrumento 20331, *In DJ* de 10.09.99, p. 892). Lê-se na ementa do acórdão do referido julgamento, que “o artigo 205 da CF/88, ao conferir à educação a qualidade de direito de todos e

dever do estado, impede a atuação estatal que vise a restringir de forma não razoável o direito de transferência *ex officio*. O direito de transferência *ex officio* entre instituições de ensino superior de servidor público é instituto garantidor do pleno acesso à educação, faltando razoabilidade à restrição ao seu exercício apenas aos servidores públicos federais e à exclusão de sua titularidade àqueles que assumem cargo público efetivo em razão de concurso público, bem como em razão de nomeação para cargo em comissão ou função de confiança, com infringência do artigo 205 da CF/88 e ao princípio constitucional da isonomia.”

a) as ações afirmativas e a promoção da igualdade material

Para além da verificação da garantia de que os destinatários da norma não sejam excluídos de sua incidência, se em situações idênticas, e ainda da aferição da razoabilidade dos tratamentos diferenciados para situações desiguais, o princípio constitucional da igualdade, hoje em dia, vem assumindo uma feição afirmativa, no sentido de obrigação de diferenciar, de consentir que as normas, para que efetivamente promovam a igualdade material, tenham necessariamente de conferir tratamento diferenciado a determinadas situações, em especial, àquelas em que os preconceitos vem se perpetuando historicamente.

A obrigação de diferenciação, hoje em dia, amplamente ferida como ação afirmativa, compreende-se como um dever de correção das desigualdades de fato, a partir do reconhecimento de que as normas podem contribuir para minimizar os efeitos indesejáveis dos preconceitos, em razão do sexo, da cor, da idade, da orientação sexual, da raça, da condição econômica, da origem, da ideologia, ou seja do que for.

A consciência da importância das ações afirmativas vem se fortificando, conforme se comprova com o depoimento do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, do Supremo Tribunal Federal: “é preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se um acesso à educação; urge contar com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme

responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos desse setor; pode estimular, mediante tal liberação as contratações. E o Poder Público deve, desde já, independentemente da vinda de qualquer diploma legal, dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo em editais, quotas que visem a contemplar os que, até hoje tem sido discriminados.(...) As normas proibitivas não são suficientes para afastar do nosso cenário a discriminação. Precisamos contar – e aqui fica o apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas.”³

No âmbito da Administração Pública Federal, depois da participação do Brasil na Conferência da ONU contra o racismo, a xenofobia e outras formas de intolerância, realizada em Durban, na África do Sul, em setembro de 2001, foi criado, por meio do Decreto n. 4228, de 13.05.2002, o Programa de Ação Afirmativa.

Em sintonia com esta extensão do princípio da igualdade, promotor da igualdade material, à medida que propicia condições para reduzir as desigualdades de fato, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reconheceu o direito “à realização de novo teste físico, ao candidato aprovado na prova escrita, que lesionou o joelho esquerdo por motivo de força maior”. O Desembargador Ridalvo Costa, ao relatar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 44045(IN DJ de 18.02.2003, p.935), compreendeu que “o direito a uma segunda chamada, no caso, não fere a isonomia entre os candidatos, tendo em vista ter sido acometido de lesão impossibilitadora do término do teste de corrida”.

Neste julgamento, entrevê-se que ao direito do recorrente à segunda chamada, naquelas circunstâncias, contrapõe-se à Fazenda Pública o dever ou obrigação de diferenciar os candidatos em função do estado momentâneo de saúde, motivado por força maior, para assim, restaurar o equilíbrio da competição e promover, de modo afirmativo, a igualdade.

³ Mello, Marco Aurélio Mendes de Farias - “Óptica Constitucional – a igualdade e ações afirmativas”, IN Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p.17.

Evidentemente, a amostragem dos julgados acima comentados não retrata nem exaure a vastíssima produção do Desembargador Ridalvo Costa, ao longo de sua profícua atuação, durante esses quinze anos de existência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. No entanto, revela a excelência de seus pronunciamentos, a partir do critério qualitativo, e não do método quantitativo. Com a referência a sua orientação jurisprudencial acerca do princípio da igualdade demonstra-se, através de seus julgados, que o exercício de sua magistratura, tem se revelado *um autêntico serviço de amor ao jurisdicionado e à Justiça*; que sua atuação judicante garante à cidadã e ao cidadão, sob sua jurisdição, a certeza de que os iguais são igualmente tratados, e os desiguais, desigualmente considerados, na medida de sua diferenciação, de modo que todos assim possam ter “uma vida tranqüila e sossegada, com toda a piedade e honestidade” (1 Tm 2,2).

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E JUSTIÇA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Professor Doutor J. Oliveira Ascensão

Sumário: 1. *Rebus sic stantibus*, base do negócio, onerosidade excessiva; 2. O voluntarismo e os esforços de uma superação por via subjectivante dos resultados; 3. A preocupação com a justiça do conteúdo no séc. XX; 4. Onerosidade excessiva e facto superveniente; 5. Qualificação do facto superveniente; 6. A imprevisibilidade; 7. Resolução e modificação do contrato; 8. “Manifestamente”; 9. Alteração das circunstâncias e boa fé; 10. A equidade como critério; 11. A mora do lesado; 12. Actuação em juízo? 13. Conclusão.

1. *REBUS SIC STANTIBUS*, BASE DO NEGÓCIO, ONEROSIDADE EXCESSIVA

Partimos da observação de Flume, que a problemática do que se chama em geral a “base do negócio” concerne à relação entre o negócio jurídico e a realidade¹. Podemos até falar mais vastamente na relação entre o Direito e a realidade, pois aflora aqui o princípio geral, segundo o qual todo o Direito ancora na realidade. O Direito não é um ordenamento segregado; tem, como dizemos, “pés de terra”. É uma realidade cultural, logo espiritual, mas baseia-se na ordem da sociedade.

Também o negócio jurídico tem pés de terra. Todo o negócio é

¹ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a ed. (inalterada), Springer, 1992, § 26.3. Não obstante, o autor chega depois a conclusões em que, como veremos, não o acompanhamos.

uma entidade histórica, logo está necessariamente situado. O negócio celebra-se por ser aquela a realidade envolvente. Não se faria assim se se vivesse entre esquimós, ou numa economia da direcção central, ou no espaço interestelar.

A realidade histórica que explica o negócio é deste modo constitutiva da vinculatividade do negócio. Não é conteúdo do negócio – não pertence ao seu clausulado. Mas é um pressuposto de se negociar.

Falava-se tradicionalmente em vincular-se *rebus sic stantibus*. Contratamos porque as circunstâncias são assim, e a variação destas, nos termos que exporemos, repercute-se sobre o vínculo assumido.

Na Idade Média isto estava estreitamente associado à preocupação pela justiça do conteúdo. Seria injusto manter a vinculação se as circunstâncias se alterassem radicalmente.

Na doutrina e jurisprudência actuais fala-se mais na **base do negócio**. A própria expressão é usada na Código Civil português de 1966, no art. 252/2, que trata do erro sobre a base do negócio como modalidade de erro sobre os motivos. Remete porém para o art. 437 o regime a aplicar. Aí se que regula a **alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar**.

Apesar da diferença de formulação, “base do negócio” e “circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar” (ou de negociar) são exactamente o mesmo. Ambas correspondem à expressão alemã *Geschäftsgrundlage*. São aquelas circunstâncias que comumente levaram as partes a contratar, e a contratar assim. Fazem com que o contrato seja o que é, de modo que seria injusto manter as partes vinculadas se essas circunstâncias sofressem uma modificação essencial ².

A discrepância com a realidade pode ser originária e subse-

² Isto já bastaria para rejeitar a afirmação de Menezes Cordeiro (*Da alteração das circunstâncias*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, 293 e segs., n.º 4), que *base do negócio* é uma fórmula vazia.

quente. Se já existe no momento da celebração do negócio temos a problemática do *erro*, que nos não ocupará ³. Só nos interessa o que resultar de alteração subsequente das circunstâncias.

A alteração das circunstâncias provoca uma *onerosidade excessiva*. Mas os temas não se confundem. A onerosidade excessiva pode ser superveniente, mas pode ser também originária; e pode resultar de muitas outras causas, em que não esteja implicada a base do negócio. Deste modo, neste estudo da alteração das circunstâncias e seus efeitos sobre o negócio, só nos interessará a onerosidade excessiva com o um dos elementos a ponderar para determinar o efeito jurídico da alteração de circunstâncias que atinja a base do negócio.

2. O VOLUNTARISMO E OS ESFORÇOS DE UMA SUPE- RAÇÃO POR VIA SUBJECTIVANTE DOS RESULTADOS

Por mais persuasiva que se nos apresente a fundamentação do negócio na realidade, ela não podia ser aceite no século da viragem, que é o séc. XVIII.

No seguimento duma evolução secular que parte do voluntarismo, entra-se numa época caracterizada pela ahistoricidade. O indivíduo, por sua razão, constrói em pura abstracção uma ordem universal. O fundamento do negócio só pode ser encontrado na vontade, na modalidade de “autonomia da vontade”. E se o fundamento é a vontade, a variação dos pressupostos torna-se irrelevante. Só os vícios da vontade podem pôr em causa aquilo que a soberania da vontade, justamente, determinou.

Dá-se assim a perda da fundamentação na realidade. E isto é acompanhado pela afirmação da inatingibilidade da justiça. A injus-

³ Particularmente ao relacionamento do erro e alteração das circunstâncias é dedicado o estudo de A. Pinto Monteiro, *Erro e teoria da imprevisão*, in “Il Nuovo Codice Civile Brasileiro”, coordenação de Alfredo Calderale, Giuffrè, 2003, 65 e segs. O autor acentua, a nosso ver correctamente, que o erro sobre a base do negócio seria um mero erro sobre os motivos, se não houvesse disciplina particular, e que se a parte se enganar na previsão de uma evolução subsequente não está em erro, porque não há erro sobre o futuro.

tiça do conteúdo não releva, pelo que a lesão é afastada como instituto jurídico. A posição é reforçada pelo subjectivismo kantiano, que conflui afinal com o enciclopedismo, não obstante pontos de partida gnoseológicos muito diferentes.

O fundamento da vinculatividade jurídica será encontrado em critérios voluntarísticos, portanto individualistas e subjectivos. *Pacta sunt servanda* passa a ser a chave da validade e eficácia dos contratos. Os negócios, tal como as leis ou os tratados, produzem efeitos porque foram queridos. Não interessa o conteúdo dos contratos, ou o objecto da vontade, ou a matéria regulada, salvo específicas proibições legais. Não interessa o que se escolheu, interessa apenas que tenha havido liberdade de escolha ⁴. Por isso, naqueles limites muito amplos, os vícios só poderiam ser referidos à própria vontade.

Este entendimento favoreceu a expansão da sociedade industrial nascente. Mas as suas consequências nocivas tornaram-se patentes logo a partir do início do séc. XIX. Em todos os planos, desde o internacional ao político, até ao negocial, que é o que nos interessa, o mais forte pôde impor o seu arbítrio.

Perante a evidência dos excessos, procuraram-se formas de os conter. Mas os instrumentos oferecidos pela ordem normativa, como o erro, eram claramente insuficientes. Por isso se tentaram ao tempo outras construções, quer para obstar ao desequilíbrio originário, quer ao superveniente (que é o que nos interessa).

Essas tentativas tinham porém um limite, dentro dos pressupostos da época: só podiam ser de índole subjectiva, porque só poderiam assentar em defeitos do consentimento. Assim surgem, como teses explicativas, no nosso domínio específico, a:

- pressuposição
- imprevisão
- base do negócio

Todas elas procuram uma justificação subjectiva para ocorrer

⁴ Ainda hoje Flume, *Das Rechtsgeschäft* cit., § 1.6 a, considera que é contraditório afirmar que o negócio é justo ou injusto.

à alteração anormal das circunstâncias. Incluindo a teoria da base do negócio que, embora susceptível de uma formulação objectiva, foi apresentada por Oertmann com cariz subjectivista, para conseguir passaporte perante os dogmas dominantes.

Além disso, face às insuficiências destas tentativas, ensaiaram-se explicações que assentavam no desenvolvimento de cláusulas gerais, como a boa fé e a confiança. Eram toleráveis ao tempo porque despertavam uma impressão subjectivante: boa fé e confiança são originariamente estados pessoais. Mas permitiam um trânsito encapotado para apreciações objectivas. Simplesmente, a exagerada extensão que deste modo se lhes atribui tira-lhes afinal explicatividade, como se verá melhor adiante.

3. O INTERESSE PELA JUSTIÇA DO CONTEÚDO NO SÉC. XX

No séc. XX detectaram-se em numerosos sectores da ordem jurídica distorções que se traduziam em injustiça das situações. Procurou-se encontrar-lhes remédio e multiplicaram-se as propostas de solução. Porém, ainda eram quanto possível apresentadas com roupagem subjectiva.

Assim se passou, entre outros, nos seguintes institutos:

- contrato de adesão
- abuso do direito
- cláusulas negociais gerais ⁵
- cláusulas abusivas
- lesão (ou usura)
- redução da cláusula penal (ou pena convencional)

É dentro deste panorama que se insere a revisão ou resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias.

Na parte final do século tornou-se particularmente importante o contributo do Direito do Consumidor. Assim, o Código de Protec-

⁵ Que foram declaradas proibidas e nulas por razões emergentes do conteúdo.

ção e Defesa do Consumidor brasileiro, no art. 6 V, integra entre os direitos do consumidor:

– a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais

– a revisão dessas em razão de factos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

No segundo caso, temos uma previsão legal da alteração das circunstâncias.

Também tem importância o art. 51 IV, que considera nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de bens ou serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”.

Há aqui uma amálgama de critérios, objectivos e subjectivos, que se sobrepõem, o que é sempre mau. A análise que fizemos levou-nos à conclusão que tudo se reconduz afinal à cominação de que as cláusulas sejam aferidas por referência à justiça. Esta engloba em si a desproporção e o desequilíbrio e manifesta-se como equidade, porque a equidade é a justiça do caso concreto ⁶.

⁶ Cfr. o nosso *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, II, Abr/00, 573-595, e in separata à Revista Forense, vol. 352, 103-114, n.º 8. Com efeito, podemos reduzir a complexidade, porque:

- a) *iníquo* é o que não é equo, o que se reconduz ao que contraria a justiça;
- b) *abusivo* não define: é justamente o que se pretende definir;
- c) a *desvantagem exagerada* é o que caracteriza a injustiça;
- d) a *boa fé* é um pseudo-critério, que não tem afinal aplicação, como veremos;
- e) a *equidade* é o critério verdadeiro e único. Foi superbamente definida como a justiça do caso concreto. Engloba portanto em si a justiça, mas a valoração só se pode fazer à luz das circunstâncias do caso: se a causa é a alteração das circunstâncias, essas circunstâncias só podem ser avaliadas à luz da equidade. O critério decisivo é assim singelamente a equidade, como justiça do caso concreto, o que implica a análise das circunstâncias do caso e não uma apreciação generalizada.

Ainda no Código do Consumidor temos o art. 54, que disciplina o contrato de adesão.

O âmbito destas previsões não é porém idêntico.

Os arts. 51 e 54 são generalizáveis, por força do art. 29 do Código do Consumidor. Este estende as disposições dos capítulos V e VI (em que aqueles se integram) a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas. Ganham assim um alcance que os faz extrapolar do Direito do Consumidor.

Não permitem porém, só por si, que as previsões sejam tomadas como princípios gerais do Direito. Não são aplicáveis a todas as pessoas, mas somente às que estiverem “expostas às práticas” nelas previstas. Supõem por isso pessoas em situação de vulnerabilidade análoga à do consumidor.

Como supõem uma inferioridade relativa, não se aplicam à negociação entre duas grandes empresas que contratam em identidade de condições. Se houver vício será por força de outras considerações, que extrapolam da previsão do Código do Consumidor.

Esta generalização, relativa embora, não se verifica já no que respeita ao art. 6 V. Este estabelece direitos básicos apenas do consumidor, e nada permite transpô-lo para outras situações ⁷.

Isto significa que, antes do actual Código Civil, a admissibilidade da revisão dos contratos em virtude de factos supervenientes era no plano legislado meramente sectorial.

Não obstante o silêncio legal, desenvolvera-se no Brasil, por pressão do fenómeno inflacionário, no plano doutrinário e jurisprudencial, uma corrente favorável à admissão da relevância da onerosidade excessiva superveniente por implicação de factos imprevisíveis. As fundamentações que se apresentavam eram muito variadas. Tendencialmente apelava-se à teoria da imprevisão. Outros retomavam a cláusulas *rebus sic stantibus* ⁸. João Baptista

⁷ Sobre esta matéria cfr. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.ª ed., Revista dos Tribunais, 2002, 227 e 245 a 250: mas a autora não refere a situação de Direito Comum.

⁸ Temos no prelo no Brasil um verbete sobre o princípio *rebus sic stantibus*.

Villela desenvolveu a teoria da base negocial ⁹. Há ainda um curioso hibridismo com o enriquecimento sem causa: o objectivo mínimo a atingir seria afastar o enriquecimento sem causa da contraparte ¹⁰.

4. ONEROSIDADE EXCESSIVA E FACTO SUPERVENIENTE

O Código Civil de 2002 traz um sistema renovado de meios de defesa perante a onerosidade excessiva para a contraparte. Está já muito longe do que poderia resultar apenas da aplicação de institutos gerais, como o erro.

Retoma-se a figura do contrato de adesão, embora em termos estreitos, generalizando deste modo a disciplina destes (arts. 423 e 424). É ponto que nos não cabe examinar.

Regula-se no art. 156 o estado de perigo, que respeita à assunção de obrigação excessivamente onerosa.

Introduz-se a figura da lesão no art. 157, referente a “prestação manifestamente desproporcional”.

Comina-se a redução equitativa da cláusula penal, se for “manifestamente excessiva” (art. 413).

Surge a previsão correspondente ao “abuso do direito” (art. 187).

Generaliza-se a atribuição da função social, aplicando-a também ao contrato (art. 421).

⁹ Em *O Plano Collor e a teoria da base negocial*, in Repertório IOB Jurisprudência, RJ 3, n.º 19/90.

¹⁰ Cfr. neste sentido Othon Sidou, *A Revisão Judicial dos Contratos*, Forense, 1978, 106, aderindo a Arnaldo Medeiros da Fonseca; cita Abgar Soriano de Oliveira, *Da cláusula rebus sic stantibus*, 1940 e Nehemias Gueiros, *Justiça Comutativa no Direito das Obrigações*, 1940. Divanir José Costa, *Inovações principais do novo Código Civil*, na Rev. Fac. Dir. UFMG, 41, 129 e segs., n.º 24, aponta igualmente que o fundamento foi o princípio geral de direito do não enriquecimento injusto em prejuízo do contratante. Orlando Gomes não dá nenhuma fundamentação positiva, limita-se a afirmar: cfr. por exemplo *Contratos*, 5.ª ed., Forense, 1975, n.ºs 139 e 140.

Enfim, além de várias outras disposições, regula-se a alteração resultante de factos supervenientes (arts. 317 e 478 a 480).

Só esta nos interessa: por isso o tema do nosso estudo é a alteração das circunstâncias, e não a onerosidade excessiva em geral. Apenas observamos que a relevância da alteração das circunstâncias não representa uma manifestação ímpar, mas um aspecto de um movimento de renovado interesse pela justiça do conteúdo ¹¹.

A alteração de circunstâncias é referida à base do negócio. Mas o Código Civil não recorre a esta categoria. Fala apenas na onerosidade excessiva resultante de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis.

Como dissemos, a discrepância entre o negócio e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar pode ser:

- originária
- superveniente

Se logo na celebração do negócio as partes se baseiam numa situação que não é real, temos um erro, na subespécie de um erro sobre a base do negócio.

Tecnicamente, o erro sobre a base do negócio é ainda um erro sobre os motivos, porque essas circunstâncias se reflectem no espírito do agente como motivos, mesmo que implícitos.

Coloca-se por isso a problemática do regime deste erro. Até porque o erro sobre a base do negócio está na origem da discus-

¹¹ Por isso as referências à justiça do conteúdo se multiplicam, deixando de ser asserções encaradas com suspeita. O fenómeno é impressionante no Brasil após o novo código, acompanhando a consagração da função social do contrato pelo art. 421. Cfr. entre muitos exemplos Roberto Wider, *O Direito dos contratos e a autonomia da vontade. A protecção especial dos consumidores*, in "Rev. de Direito" (TJ-RJ), n.º 54, Jan-Mar/03, 13 e segs., n.º 4; Paulo Nalin, *Do Contrato – Conceito Pós-Moderno*, Juruá, 2001, n.ºs 5.1.4 e 5.2.; Carlos Alberto Goulart Ferreira, *Equilíbrio contratual*, in "Direito Civil Constitucional", coord. Renan Lotufo, Max Limonad, 1999, 55 e segs., particularmente n.º 8.1. Observe-se que o equilíbrio contratual, mesmo substantivo, não é o mesmo que a justiça do conteúdo, pois esta valora directamente as estipulações por si.

são sobre a possibilidade da revisão do contrato.

Aplicar o regime geral do erro sobre os motivos não corresponde à importância deste erro, pois o erro sobre os motivos tem escasso espaço de relevância (art. 140).

O Código Civil português regula a matéria a propósito do erro sobre os motivos no art. 252/2, mas para remeter neste caso o regime para o disposto a propósito da modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias ¹².

Como o Código Civil brasileiro não contém previsão semelhante, abre-se um problema, que pode ser grave, de determinação do regime a aplicar.

Mas não é este o nosso tema. Devemos apenas indagar o que respeita à onerosidade excessiva resultante de factos supervenientes.

Na base está necessariamente uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

O art. 478/1 NCC respeita aos contratos de execução continuada ou diferida. Baseia-se essencialmente em três factores:

- a prestação tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra parte
- em virtude de factos supervenientes
- extraordinários e imprevisíveis

Consideremos o primeiro factor.

A onerosidade excessiva superveniente, que é a que nos interessa, pode resultar de numerosas causas.

Confrontando o art. 478/1 NCC e o art. 6 V do Código do Consumidor, verificamos que este último se baseia em dois factores apenas:

- onerosidade excessiva

¹² Abrange por isso a nosso ver, não só os pressupostos, mas os próprios efeitos jurídicos estatuídos. Cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral III – Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002, n.º 96 II.

– em virtude de factos supervenientes

Falta a previsão que esses factos consistam em acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

O regime geral do Código Civil é intencionalmente mais exigente que o do Código do Consumidor. Este basta-se com aqueles factores porque pressupõe um outro: a fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor. Por isso permite a revisão do contrato logo que a prestação se torne excessivamente onerosa ¹³.

Não assim na lei geral. Esta exige ainda que a alteração resulte de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Não o sendo, a parte mantém a sua vinculação, porque não pode fazer cair sobre a outra o peso de acontecimentos normais e que se poderiam prever. Só é pois relevante no regime comum a onerosidade excessiva que tiver origem em acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

A qualificação dos acontecimentos como extraordinários e imprevisíveis é assim nuclear e deverá ser seguidamente objecto de cuidadosa análise.

5. QUALIFICAÇÃO DO FACTO SUPERVENIENTE

O material disponível para este efeito (deixando de lado o art. 6 V do Código do Consumidor, que como vimos assenta em razões particulares) é constituído:

– pelo art. 317 do Código Civil, que se funda em “motivos imprevisíveis”

– pelo art. 478/1, que fala em “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”.

¹³ Não é assim de acolher a sugestão de Flávio Tartuce, *A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10 406/02*, in “Novo Código Civil. Questões Controvertidas”, coord. Mário Luiz Delgado / Jones Figueirêdo Alves, Método (São Paulo), 2003, 137 e segs., que propõe que se elimine do art. 317 NCC a referência a factos imprevisíveis, exigindo-se apenas a excessiva onerosidade. Idêntica sugestão é feita por Álvaro Villaça Azevedo, *Anotações sobre o novo Código Civil*, na Rev. do Advogado, n.º 68 (Dez/02), por referência aos arts. 478 e 479.

Há ainda que contar com o Projecto Fiuza n.º 6.960, de 12 de Junho de 2002, segundo o qual esta matéria passaria a ser versada nos arts. 472/1 a 475. No art. 472, correspondente ao art. 478/1 actual, passaria a dizer-se “acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual” e acrescentar-se-ia: “desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato”¹⁴.

Começemos por este último aspecto. Há de facto que relacionar esta matéria com a do **risco**. A verificação dos riscos próprios do contrato não pode justificar a resolução ou revisão por onerosidade excessiva¹⁵.

Seria bom que o Código mencionasse esta conexão. Mas ainda não a mencionando, não pode deixar de se considerar implícita. Resulta da qualificação dos acontecimentos como extraordinários e imprevisíveis, particularmente como extraordinários. Não é extraordinário o que está dentro dos riscos normais do contrato.

Por outro lado, não se deve confundir esta matéria com a temática comum do risco, que repercute outros pontos de vista¹⁶. Uma coisa é a repartição do risco, outra a problemática da relevância dos acontecimentos extraordinários.

É verdade que se o contrato é aleatório a parte aceitou o risco. Mas a alteração das circunstâncias pode ser relevante mesmo no domínio dos contratos aleatórios, porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser atingido.

Assim, quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do

¹⁴ Cfr. Ricardo Fiuza, *O novo Código Civil e as Propostas de Aperfeiçoamento*, Saraiva, 2004, 320-321. Veja-se ainda a “Justificativa” da pág. 85.

¹⁵ O art. 437/1 do Código Civil português exige que a alteração não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Veja-se também o art. 1198 do Código Civil argentino.

¹⁶ Para Flume, *Das Rechtsgeschäft* cit., § 26.3, a questão reconduzir-se-ia a determinar quem suporta o risco da realidade.

contrato por alteração das circunstâncias ¹⁷.

Há em todo o caso a alteração anormal das circunstâncias que é o fundamento deste instituto.

E, na sequência desta ideia, também os contratos **gratuitos**, ou mistos com liberalidade, podem ser atingidos.

O que interessa é que a equação económica do negócio, tal como foi querida pelas partes, seja quebrada.

Parte-se do princípio que a desproporção entre vantagens e sacrifícios foi livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada. Mas é esse equilíbrio voluntário que pode ser posto em causa por alteração anormal; é nesse caso que a base do negócio é rompida.

Assim, uma permissão gratuita de uso de um imóvel pode ser revista ou resolvida se circunstâncias extraordinárias tornaram excessivamente onerosa para o concedente a manutenção da situação.

A equação económica deve ser posta a salvo. Se circunstâncias extraordinárias a desfigurarem, o instituto funciona, quer o contrato seja oneroso quer seja gratuito.

Notemos enfim que não pertence à essência da figura que a alteração atinja apenas uma das partes, em benefício da outra. Podem ser ambas atingidas, se a base em que comumente asentaram o negócio for alterada.

Pactua-se a prestação de um transporte. Afinal a estrada a que as partes implicitamente associaram a vinculação vem a ficar bloqueada por desabamento de terras. O serviço só pode fazer-se por estradas secundárias, com grandes desvios e maiores despesas.

Ambas as partes são atingidas nos seus cálculos. O transportador, porque teve em vista um percurso directo e curto. O cli-

¹⁷ Da mesma forma, uma aposta sobre o resultado dum jogo de futebol sofre o impacto do acontecimento extraordinário da queda do avião em que eram transportados os jogadores e da morte de toda a equipa, sendo substituída por jogadores de segunda linha.

ente, porque teve em vista um preço e um tempo, e não os acréscimos a que o desvio obrigaria.

Isto mostra que não há necessariamente um prejudicado e outro beneficiado. Há uma alteração anormal da base do negócio, base que é comum; portanto ambos são atingidos. Qual a consequência, só pode resultar da solução que a ordem jurídica trouxer para o caso, e portanto das regras de cálculo da nova equação económica que estabelecer.

6. A IMPREVISIBILIDADE

Quer o art. 317 quer o art. 478 qualificam o facto superveniente como *imprevisível*¹⁸.

Aparentemente, o Código estaria assim acolhendo a teoria da imprevisão. E com isso prolongaria uma orientação subjectiva. O decisivo seria o facto de as partes terem previsto ou não o evento. Assim tem sido efectivamente entendido¹⁹.

Mas, não obstante o vigor desta aparência, cremos que uma simples reflexão basta para a afastar.

A lei fala em imprevisível e não em imprevisto: motivo imprevisível, acontecimento imprevisível... Imprevisível qualifica o facto, enquanto *imprevisto* descreve o estado de espírito do agente.

Seria de facto absurdo fazer depender a sorte do negócio jurídico, e portanto também da outra parte, do poder de previsão do

¹⁸ O Projecto Fiuza referido, art. 472/1, fala agora em “acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes”, e não mais em imprevisível.

¹⁹ Cfr. por exemplo Sílvio Neves Baptista, *A força obrigatória dos contratos e a imprevisibilidade extraordinária*, in Rev. da ESMape, vols. 7/8, n.ºs 16/17, Jul 02/ Jun 03, 571 segs. (581), que fala sempre em imprevisibilidade subjectiva. De resto, o autor afasta correctamente (591) esta matéria da disciplinada do Código do Consumidor, por aí se tratar só de onerosidade excessiva e não de imprevisibilidade, e reclama (596) o nexo de causalidade entre o facto imprevisível e a onerosidade excessiva. Também. Luciana de Oliveira Leal, *A onerosidade excessiva no ordenamento civil brasileiro*, Rev. da EMERJ 6/21 (2003), 155-165 (163-164), fala na “adopção expressa da teoria da imprevisão” em detrimento da teoria da base do negócio.

agente concreto ou da circunstância casual de ter ou não havido previsão.

Se a ordem jurídica não der relevância ao erro indesculpável (como é entendimento dominante no Brasil ²⁰) acresce ainda uma contradição valorativa, pois o erro afastaria a mera relevância do estado de espírito, enquanto na alteração das circunstâncias bastaria um estado de espírito para provocar um efeito de tanta gravidade.

Mas a imprevisibilidade só pode ser objectiva. É independente da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anómalo ou anormal.

Por outro lado, sendo a base do negócio o fundamento comum (no sentido de participado por ambas as partes) que as levou a contratar, só um entendimento objectivo permite encontrar o padrão objectivo que delimite o palco sobre o qual se situam. Nenhuma delas é sacrificada à outra.

A maioria das circunstâncias que são a base do negócio nem sequer aflora ao espírito. Economia de mercado, situação de paz, normalidade dos transportes... E todavia, constituem a base objectiva do negócio.

Inversamente, a situação pode vir ao espírito e não deixar de ser uma circunstância anormal (nesse sentido imprevisível). Quem negoceie na Califórnia pode-se lembrar de que todo o território está sujeito a outro terramoto arrasador, dada a magnitude da falha sísmica aí existente. E nem com isso o terramoto deixa de ser um acontecimento objectivamente imprevisível.

É neste sentido que o art. 478/1 fala em “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”. O **extraordinário**, que qualifica sem dúvida o acontecimento, confirma o entendimento objectivo. Há

²⁰ Cfr. Francisco Amaral, *Direito Civil. Introdução*, 4.^a ed., Renovar, 2002, 485-486. É também a posição que tomamos perante o Direito português, mas aí em divergência com a doutrina dominante: cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral – II – Acções e Factos Jurídicos*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 72.

inteira harmonia entre os dois qualificativos, porque é por ser extraordinário que o acontecimento é imprevisível; e como traduz uma marcha dos factos que se não pode prever, o acontecimento é extraordinário.

Como se conjugam então os arts. 317 e 478/1? O primeiro fala em motivos imprevisíveis, e o segundo em acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Antes de mais, situemo-los. Recorde-se que comparativamente os autores têm divergido na colocação dada a esta matéria.

Alguns contemplam-na no *Direito das Obrigações*, porque se estaria a regular a prestação (o que é, quanto a nós, um entendimento demasiado restrito).

Outros regulam-na nos *Contratos*, porque respeitaria ao equilíbrio contratual, logo ao conteúdo dos contratos.

O Código Civil brasileiro disciplinou-a em ambos os lugares. Como conjugar as previsões?

O art. 478/1 respeita aos contratos de execução continuada ou diferida. Atende a um vínculo que se estende no tempo e é assim sensível a variações entretanto ocorridas, quando a manutenção do vínculo sem variação se tornasse excessivamente onerosa.

O art. 317 regula a prestação. Observe-se que surge na continuidade do art. 315, relativo às dívidas pecuniárias.

Isto abre-nos a outro aspecto. A preocupação principal deste preceito está na posição do credor. Prevê a desproporção manifesta entre o valor da prestação no momento inicial e no momento da sua execução. É a inflação que está em causa. Por isso se permite que o juiz a corrija, “de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”²¹.

Há neste caso, uma especificação no objecto, mas não há

²¹ O preceito poderia ser estendido à posição do devedor, em caso de deflação. Mas é inútil fazê-lo, porque tudo o que não couber nele cai nos arts. 478 e segs., que são mais compreensivos, regulando o equilíbrio contratual.

contradição entre os preceitos. Os “motivos imprevisíveis” são os “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” do art. 478/1. O art. 317 não os qualifica como extraordinários, mas dissemos já que esta qualificação está implícita na da imprevisibilidade, porque é por serem extraordinários que os acontecimentos são imprevisíveis.

Onde há diferença, efectivamente, é na consequência a retirar. O art. 317 só prevê a revisão, no sentido da correcção do valor da prestação. O art. 478 prevê a revisão ou resolução do contrato, como veremos.

Parece-nos porém claro que, se a equição contratual for gravemente desequilibrada, a parte lesada pode recorrer ao art. 478 e pedir a resolução do contrato. A regulação regionalizada do art. 317 não afasta para quem dela não beneficia o recurso ao regime geral do art. 478.

7. RESOLUÇÃO E MODIFICAÇÃO DO CONTRATO

O efeito ou consequência jurídica está fixado nos arts. 478 e seguintes, que dão a disciplina geral e ultrapassam a previsão sectorial do art. 317. Consiste na resolução ou modificação do contrato.

O art. 6 V do Código do Consumidor, pelo contrário, só refere a revisão das cláusulas contratuais. Terá em vista apenas desproporções quantitativas, sanáveis pela revisão, e não alterações qualitativas que imponham a resolução do contrato.

Isso não impede todavia que também o consumidor recorra ao sistema geral, e peça a resolução do contrato. Terá de satisfazer então os pressupostos desta, antes de mais, o de que a onerosidade excessiva se funde numa verdadeira alteração anormal das circunstâncias.

Voltando ao Código Civil, temos que a epígrafe da secção em que aqueles preceitos se integram é: “Da resolução por onerosidade excessiva”. É assim unicamente a resolução que vem prevista em geral. Também é só a resolução que o art. 478 prevê: a modificação só surge nos arts. 479 e 480 como dependente de iniciativa da outra parte. Pareceria que o efeito geral seria a resolu-

ção ²², e a modificação do contrato só poderia fazer-se a pedido da contraparte (arts. 479 e 480).

Há porém que contar com o *princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico*, que devemos considerar um princípio geral, embora só se manifeste na lei em casos singulares. É dele afloramento o art. 184, sobre a *redução* de negócios jurídicos inválidos; e mais incisivamente, o art. 170, inovação do código actual, que permite a *conversão* do negócio nulo noutro de que contenha os requisitos, quando o fim que as partes visavam permita super que o teriam querido, em caso de nulidade.

Há que proceder à sistematização das várias hipóteses, pois isso permite chegar a resultados diversificados.

As consequências podem ser:

- a modificação quantitativa
- a modificação qualitativa
- a resolução

1) Modificação quantitativa

A onerosidade excessiva pode satisfazer-se com uma modificação quantitativa: é o caso mais simples. Seja a redução do preço, por exemplo, ou a hipótese do art. 317.

A modificação quantitativa pode ainda realizar-se através da supressão de cláusulas. É hipótese compreendida na redução do negócio inválido (art. 184) e aplicável também no caso da onerosidade excessiva.

2) Modificação qualitativa

Esta consiste na mudança de cláusulas, além da mera alteração dos valores.

A lei prevê esta modificação, mas sempre a requerimento da

²² O art. 480 regula o contrato em que as obrigações cabem apenas a uma das partes, e permite a esta a requerer a redução ou a alteração do modo de execução. Mas isto não significa que não possa pedir directamente a resolução.

parte: arts. 479 e 480. Poderá o juiz decretá-la, ou a parte lesada impô-la?

Não cremos que isso seja possível, no estado actual. Uma cláusula tem sempre fundamento na autonomia privada. Pode ser suprimida ou modificada quantitativamente, sem o consenso da parte, mas não pode ser introduzida sem a vontade dela uma cláusula nova.

Somos assim de parecer que a modificação qualitativa duma cláusula só é possível nos casos previstos por lei ou com o consentimento da outra parte. Não pode ser imposta.

3) Resolução

É a hipótese normal, por força do art. 478. Em certos casos é mesmo a única hipótese possível.

Recordemos o *caso da coroação*, que acompanhou sempre a reflexão sobre esta matéria. Se se alugam janelas para assistir à passagem de um cortejo real e afinal o cortejo segue outro trajecto, *quid iuris?*

A prestação é possível, mas a base do negócio foi comumente a passagem do cortejo. Se o trajecto for modificado, há óbvia alteração anormal das circunstâncias. A solução só pode ser a resolução do contrato. Não adiantam modificações, como a consistente na redução do preço: o negócio perdeu a sua base, pelo que apenas resta a resolução.

Criam-se problemas na conjugação da resolução com a modificação ²³.

Pode a parte, em vez da resolução, pedir a modificação? Já dissemos que sim, por força do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

²³ João Baptista Villela, *O Plano Collor* cit., reconhecendo o fundamento do princípio *rebus sic stantibus*, rejeita-o afinal, em benefício da teoria da base do negócio, por ser só um instrumento de liberação e não permitir a modificação do negócio. Em termos de Direito actual, o novo código afasta esta limitação. Nada impede que falemos hoje em *rebus sic stantibus* caracterizando o instituto tal como legalmente regulado.

Pode a contraparte, uma vez pedida a modificação, reconvir com o pedido de resolução? Entendemos que sim, quando o desequilíbrio contratual não puder ser sanado com a modificação (quantitativa). O Projecto Fiuza referido, no art. 475, propõe tornar esta solução expressa, ao estabelecer que, requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a resolução em face dos graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais (art. 475).

Ainda no domínio das consequências jurídicas, há que referir o Ac. do Superior Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2003, num caso em que se discutia a repercussão sobre um contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) da desvalorização do real face ao dólar, por em Janeiro de 1999 ter cessado a intervenção permanente do Banco Central em sustentação do real²⁴. A hipótese era regida pelo art. 6 V do Código do Consumidor que, como avisadamente se notou, não exige o carácter imprevisível do acontecimento. Mas é importante observar a consequência a que se chegou. Foi entendido, na sequência da posição assumida pelo Ministro Ari Pargendler em voto de vencido em processo anterior²⁵, que ambas as partes contribuíram para a onerosidade e ambas foram lesadas por esta, pelo que o desequilíbrio deveria ser suportado por ambas. Atribui-se por isso a cada parte 50% da desvalorização sobrevinda.

Para o que nos ocupa, interessa salientar que a solução não necessita ser de ou tudo ou nada. A repercussão sobre cada parte pode ser diversamente estabelecida. É o que resulta do critério de equidade, que como se confirma é decisivo neste domínio.

8. “MANIFESTAMENTE”

Não é qualquer acréscimo de onerosidade, provocado por factos supervenientes extraordinários, que implica a intervenção deste instituto. É incorrecta uma leitura literal da “cláusula” *rebus sic stantibus* que leve a sustentar que qualquer modificação da base

²⁴ Recurso Especial n.º 472 594.

²⁵ Recurso Especial n.º 268 661, Acórdão de 16 de Agosto de 2001.

do negócio ou qualquer onerosidade daí derivada confere a faculdade de resolver ou modificar o negócio.

Nenhum princípio jurídico é um absoluto. Não o é mesmo um princípio com uma justificação material tão sólida como o princípio *rebus sic stantibus*. Terá pelo menos de sofrer a concorrência de outros princípios, igualmente indispensáveis para a ordem social, que exigem uma conciliação.

Neste caso há que contar com o princípio da certeza ou segurança jurídica.

Seria impossível a vida jurídica se todos os negócios pudessem ser revistos, ao sabor das alterações da realidade subjacente, que incessantemente evolui. Mesmo que essas alterações sejam alterações extraordinárias. A vida jurídica exige estabilidade.

Na progressão, nenhum sistema judiciário poderia suportar a avalanche de processos que surgiriam. Não é desejável a judicialização da vida corrente: só casos patológicos devem ser trazidos a juízo. A segurança jurídica impede que sobre todas as relações da vida paire a ameaça de apreciação judicial, por invocação de alteração de circunstâncias.

A ordem jurídica traduz exuberantemente esta constrição: só admite intervenções fundadas na desproporção ou injustiça do conteúdo em casos em que o desequilíbrio seja manifesto. Embora as fórmulas sejam diversas, consoante os institutos em causa, o núcleo está claramente definido:

- art. 157 (lesão): manifestamente excessiva
- art. 187 (“abuso do direito”): excede manifestamente
- art. 317 (prestação reduzida pela inflação): desproporção manifesta
- art. 413 (cláusula penal): manifestamente excessiva ²⁶

E que dizer perante o art. 478, que é aquele que nos interessa?

²⁶ Já mais duvidosamente o estará no art. 156 (estado de perigo): excessivamente onerosa.

A lei fala em prestação “excessivamente onerosa, com extrema vantagem” para a outra parte.

Directamente, não se diz que a desproporção deve ser manifesta. A onerosidade excessiva não equivale necessariamente a onerosidade manifesta.

Mas não pode ser outra coisa o que a lei comanda, porque este caso exige maiores cautelas que a generalidade dos anteriormente referidos, e não menos. Por outro lado, a exigência do carácter manifesto consta do art. 317, que é como vimos de alteração extraordinária das circunstâncias, e nenhum motivo haveria para lhe corresponder uma disciplina diferenciada.

Há um elemento no art. 478/1 que deve ser realçado. Fala-se em **extrema** vantagem para a outra parte, em contrapartida da onerosidade excessiva para a outra. Isto significa que não é qualquer vantagem que releva. Só releva uma vantagem extrema. O que do mesmo modo conduz no sentido da necessidade de uma desproporção que não seja normal ou pouco significativa.

Temos assim que o instituto só funciona em casos clamorosos. É uma concessão à segurança, que se apresenta igualmente como princípio geral.

Aliás, era o que se passava já com a clássica “lesão enorme”. Exigia-se uma desproporção superior a 50% do valor. É um antecedente de bom senso, que deve ser tido em conta.

Confrontando agora com o art. 6 V do Código do Consumidor, vemos que este exige apenas a onerosidade excessiva superveniente: não exige que esta seja manifesta.

Dissemos já que aí “onerosidade excessiva” não significa manifestamente desproporcionado – até porque é compatível com um entendimento subjectivo, centrado na situação concreta do consumidor. Mas é natural que o preceito traduza a lógica peculiar do Direito do Consumidor. Aqui, pretende-se proteger o consumidor na sua vulnerabilidade, pondo-o ao abrigo de variações subsequentes que ele não esteja em condições de suportar. Não é o caso do Código Civil, que parte do paradigma de relações entre iguais e que reclama razões graves para excluir a vinculatividade das estipulações das partes.

9. ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E BOA FÉ

Os intérpretes alemães que desenvolveram este instituto procuraram fundamentá-lo no princípio geral da boa fé ²⁷, dada a falta de apoio legal.

O art. 437/1 do Código Civil português de 1966, consagrando a relevância da alteração anormal superveniente das circunstâncias, condiciona-a a que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé.

Ainda hoje, em ordens jurídicas que elevaram a alteração das circunstâncias a instituto legal, se continua a referir como fundamento a boa fé.

Não o faz o Código Civil brasileiro, e procede melhor.

O recurso à boa fé foi um expediente dos intérpretes germânicos, na ausência de base legal. Mas em rigor o expediente não era fundado. Como nota Flume, não se ganha nada com o recurso à boa fé ²⁸.

Pelo art. 437/1 CC português citado, o vício estaria em **exigir** o cumprimento. É desfocar a questão. Se se tem direito, exigir é um acto correcto. A questão é prévia, reside no próprio conteúdo da vinculação, que ficou abalada pela superveniência da alteração anormal.

A boa fé foi trazida para fora do seu âmbito próprio. No plano objectivo, a boa fé traduz-se em regras de conduta. Mas aqui não se traçam regras de conduta, faz-se uma valoração do conteúdo, tomado por si ²⁹.

²⁷ Cfr. sobre este ponto Judith Martins-Costa / Gerson Luiz Castro Branco, que versam a boa fé e o equilíbrio contratual, in *Directrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, Saraiva, 2002, 210 e segs..

²⁸ *Das Rechtsgeschäft* cit., § 26.3: sendo óbvio que se deve sempre proceder segundo a boa fé, a questão consiste antes em saber qual a solução que a esta corresponde.

²⁹ Cfr. sobre esta matéria o nosso *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, cit., n.º 9.

A nosso ver, continuar a recorrer à boa fé havendo preceito legal, é anacrónico. Mantém como explicação actual o que foi um mero expediente. Não se regula a conduta, valora-se directamente o conteúdo, e é em decorrência da valoração negativa deste que se cria a impugnabilidade da relação, no sentido da resolução ou modificação desta.

Perante a fórmula mais correcta do Código Civil brasileiro, seria bom que os intérpretes não caíssem na tentação fácil de manter uma construção que nada hoje sustenta. O que está em causa é, directamente, o gravame ao equilíbrio ou justiça do conteúdo.

10. A EQUIDADE COMO CRITÉRIO

O Código Civil brasileiro não aponta directamente o critério a usar para a decisão sobre a resolução ou modificação do contrato.

Já o art. 437/1 do Código Civil português prevê a resolução do contrato, ou a modificação *segundo juízos de equidade*.

Será aceitável o critério da equidade também no Direito brasileiro?

Sabe-se que a equidade não é critério de aplicabilidade universal, só podendo ser usada quando a lei, directa ou implicitamente, para ela apelar ³⁰.

Há uma previsão que aponta nesse sentido: a do art. 479, relativa à hipótese de a contraparte se prontificar à modificação **equitativa** das condições (cláusulas) do contrato.

Pensamos que o recurso à equidade é efectivamente forçoso. Se o que desencadeia o processo é uma alteração anormal das circunstâncias, há que examinar o circunstancialismo como condicionante de qualquer solução.

Ora a decisão baseada na consideração das circunstâncias do caso, mais que em padrões genéricos de conduta, é a solução

³⁰ Flume considera mesmo como defeito do instituto da alteração das circunstâncias fazer-nos cair na equidade.

pela equidade. A equidade é, na definição clássica nunca superada, a justiça do caso concreto. Só a análise das circunstâncias do caso concreto permite chegar à solução justa ³¹.

O art. 479 é assim apenas manifestação de um princípio geral ³². Não se pode chegar a uma revisão de um contrato por critérios generalizadores, que não existem. As circunstâncias do caso são determinantes. O mesmo acontece na hipótese do art. 317: a correcção do valor da prestação não é bitolada, é a correcção “quanto possível”, à luz das circunstâncias do caso concreto ³³.

Vemos que desta sorte se não infirma, antes se confirma, que a questão respeita à justiça do conteúdo. É de justiça que se trata; mas de justiça do caso concreto, portanto de equidade.

11. A MORA DO LESADO

Tem-se suscitado a questão da incidência da mora do lesado sobre a faculdade de impugnação do contrato.

É frequente neste domínio a afirmação que a parte que está em mora não pode invocar a alteração das circunstâncias ³⁴.

Mas, entendida assim, a disposição pode ser profundamente injusta. Alguém que porventura se atrase numa prestação passa, só por isso, a arcar com a alteração radical das circunstâncias.

³¹ Lembre-se o que dissemos *supra*, n.º 3, a propósito do art. 51 IV do Código do Consumidor.

³² O preceito é mantido no referido Projecto Fiuza, art. 474. No art. 472 § 1.º prevê-se também o “exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto”. O justo no caso concreto é o equitativo.

³³ Pensamos mesmo que não é só a modificação ou revisão do contrato que está dependente da avaliação das circunstâncias, mas também a própria resolução. São as circunstâncias que determinam se deverá a alteração ser relevante e, caso seja esse o caminho legal, se deve haver resolução ou modificação.

³⁴ A regra consta do art. 472 § 2.º do referido Projecto Fiuza: não pode requerer a revisão quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias. Consta também do art. 438 do Código Civil português.

Sílvio Baptista baseia-se no estatuído no art. 399, sobre a responsabilidade do devedor em mora pela impossibilidade superveniente da prestação, ainda que esta derive de caso fortuito ou de força maior ³⁵.

É porém o próprio art. 399 que foi invocado que nos mostra que o caminho correcto a seguir passa por uma distinção de hipóteses. O preceito termina com a frase: “salvo se se provar... que o dano sobreviria ainda que a obrigação fosse oportunamente despenhada”.

Concentrando-nos na alteração das circunstâncias há que distinguir as hipóteses em que a mora é causal para que a relação fique desequilibrada em consequência da alteração das circunstâncias, e as restantes.

Decerto que a parte não pode invocar em seu benefício a alteração das circunstâncias se a sua mora foi causal para que aquela relação fosse atingida por essa alteração; quando portanto, se tivesse cumprido, a relação estaria já extinta.

Pelo contrário, a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevivido de qualquer modo e actuado sobre o contrato, houvesse ou não mora.

Doutra maneira, a exclusão do efeito da alteração das circunstâncias só por haver mora seria injusta, por ser desproporcionada. A lei estabelece sanções próprias para a mora, que não abrangem a exclusão da invocação da alteração das circunstâncias.

Imaginemos que uma empresa se obriga à reparação dum navio. Atrasa-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera. Já no período de mora, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. É nestes casos que a parte em falta não poderá prevalecer-se da alteração das circunstâncias ³⁶. Não porém no caso de, numa dívida a ser paga em presta-

³⁵ Ob. cit.,

³⁶ E mesmo isto não é seguro perante o Direito brasileiro, que não contém aquela regra. Pode dizer-se que a alteração das circunstâncias é comandada

ções, se atrasar numa delas, quando ainda faltam outras, pelo que de toda a maneira o contrato seria atingido por aquela alteração das circunstâncias.

A questão que pode restar é a de saber se a própria prestação em mora está sujeita às consequências da revisão ou resolução do contrato, ou só o estão as prestações futuras. Em princípio, essa prestação não pode beneficiar da alteração. Mas a questão complica-se se a relacionarmos com outra, em que não vamos entrar: a do possível carácter retroactivo das consequências da alteração das circunstâncias.

Apenas observamos que a prestação ou mora deve estar sujeita ao mesmo regime das prestações anteriormente satisfeitas; e que talvez esse deva ser mais um aspecto que fica dependente da apreciação equitativa das circunstâncias contratuais.

12. ACTUAÇÃO EM JUÍZO?

Quer o art. 317³⁷ quer os arts. 478 a 480³⁸ prevêm uma acção em juízo. Daqui se poderia inferir que os efeitos jurídicos do instituto da alteração das circunstâncias só poderão resultar de processo judicial.

Há que ponderar se isto poderá ser aceite. Passa por uma determinação dos limites da intervenção do juiz na fixação dos efeitos, que seria aparentemente constitutiva.

O Código Civil brasileiro refere vastamente o juiz como o agente da implantação de efeitos jurídicos resultantes da desproporção do conteúdo³⁹.

por princípios materiais de justiça e não por princípios formais, e seria rígido tirar toda a relevância à alteração das circunstâncias por ter havido um incumprimento, embora causal para a incidência daquela alteração anormal.

³⁷ "...poderá o juiz...".

³⁸ "...os efeitos da sentença..." (art. 478); "...oferecendo-se o réu..." (art. 479).

³⁹ A título de mero exemplo, além dos preceitos acima referidos, temos o art. 404 § único (pode o juiz conceder indemnização suplementar), 413 (a penalidade pode ser reduzida equitativamente pelo juiz), 464 (pode o juiz suprir a

O significado destes preceitos é porém muito diferente. Em certos casos deixa-se mesmo a solução ao critério (equitativo) do juiz. Noutros à parte caberão poderes potestativos, mas esses poderes deverão ser judicialmente exercidos: seja o caso do art. 464. Mas em vários casos a referência ao juiz deve considerar-se meramente semântica. O juiz é invocado por antonomásia, por ser aquele que determina a solução em última análise. Mas a previsão é aplicável independentemente do recurso a juízo ⁴⁰.

Quando assim acontece, a remissão para o juiz na norma substantiva é falaciosa. Cria a impressão duma indevida judicialização da vida corrente. Porém, essas regras substantivas são regras para o dia a dia, pelo que só em casos patológicos são trazidas à aplicação judicial. Sendo esta a situação normal, a remissão para o juiz só confunde, podendo levar em certos casos a crer que o dissídio não pode ser extrajudicialmente composto.

É o que se passa no caso presente. Apesar da roupagem judicial dos preceitos, nada impede que as partes acordem na solução a dar ao caso. Esse acordo pode ser inovador, baseado na autonomia da vontade, mas pode representar também a aplicação da lei, por valoração concorde das orientações legais.

Assim, só quando as partes não se entendam sobre o sentido da solução legal e se decidam a trazer o caso ao foro é que o juiz intervém efectivamente a dar a solução. Mas a aplicação dos preceitos não é necessariamente judicial.

vontade da parte inadimplente), 572 (será facultado ao juiz fixar a indemnização em bases razoáveis), 575 § único (pode o juiz reduzir o aluguel), 581 (necessidade imprevista do comodante reconhecida pelo juiz), 606 (o juiz atribuirá compensação razoável) e assim por diante.

⁴⁰ Seja o caso do art. 720 § único. No contrato por tempo indeterminado, qualquer das partes pode resolvê-lo com o aviso prévio de 30 dias, desde que decorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento. Divergindo as partes quanto a este prazo, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo. A regra é simplesmente a de que a denúncia do contrato só se pode fazer após decorrido prazo razoável. Resulta já dos princípios gerais que, se as partes não se entenderem na determinação deste, o litígio terá de ser dirimido em juízo.

A formulação legal traz porém já neste caso uma dificuldade particular.

O art. 478 dispõe que os efeitos da sentença que decretar a resolução retroagirão à data da citação. Compreende-se, pois a sentença verifica nesse caso que havia realmente fundamento para a resolução do contrato. Mas pode perguntar-se se será essa a única solução possível. Uma vez que a actuação também pode ser extra-judicial, os efeitos poderão retroagir à data da interpelação dirigida por uma parte à outra, uma vez verificado que havia realmente fundamento para a resolução do contrato.

Na realidade, aquele trecho do art. 478, que traduz antes de mais a realidade processual comum, só confunde. Se se não quisesse estabelecer uma solução especial para esta hipótese, mais valia o código ter omitido qualquer referência à retroacção. Mais uma vez, a roupagem processual em leis substantivas revela-se deslocada e nociva.

13. CONCLUSÕES

Chegados ao fim, retomemos a afirmação que nos deu o ponto de partida: o Direito tem pés de terra.

Toda a situação jurídica assenta sobre uma realidade histórica, que dela passa a ser constituinte. Assim acontece também com os negócios que se celebram: estão historicamente situados. Por isso a alteração das situações fácticas que são o pressuposto deles não pode deixar de os atingir.

O mero apelo ao consentimento, fruto dos pressupostos ideológicos imperantes a partir do séc. XVIII, encerrava assim uma falsidade. O consentimento não basta, porque a realidade impõe-se. O negócio não pode prosseguir tal qual perante uma realidade que não é aquela que levou as partes commumente a contratar, ou porque qualitativamente perde justificação, ou porque quantitativamente ficou desequilibrado.

Perante este dado, até onde chegaremos?

Partindo da relevância indiscutível da Justiça do conteúdo, poderemos generalizar e afirmar o princípio geral que essa justiça

intrínseca condiciona a vinculatividade jurídica?

Não nos precipitemos. A afirmação dum princípio de grande generalidade pressupõe muitas análises sectoriais. Não é o que se oferece ainda, perante um código que acaba de entrar em vigor. Há que examinar o “abuso do direito”, as cláusulas abusivas, a lesão e tantos outros institutos jurídicos em que a valoração do conteúdo está implicada. Só após isso temos base para nos abançarmos a grandes sínteses. Para já, apresentam-se antes em primeiro plano muitos institutos novos, ao menos na sua posição perante a lei civil básica, a desbravar. É uma tarefa estimulante.

De todo o modo, olhando o instituto da alteração das circunstâncias, é surpreendente como estamos já longe do absolutismo do *pacta sunt servanda*.

Facilmente se reconhece aqui um aspecto dum movimento geral, visível em tantos institutos, no sentido de recolocar no centro das atenções a justiça do conteúdo.

No nosso domínio, tem como consequência levar à reabilitação do princípio tradicional *rebus sic stantibus*. A análise realizada permite reconhecê-lo como um princípio essencial, desde que também não pretendamos endeusá-lo em princípio absoluto. No seu verdadeiro âmbito, que é o da base do negócio, ele é um princípio que deve ser proclamado com generalidade e que implica a recuperação da justiça do conteúdo, ao menos nesse âmbito, como fundamento da vinculatividade.

Pode-se perguntar: mas onde fica então a autonomia privada?

A autonomia privada é também um princípio fundamental. É exigência da auto-determinação da pessoa. Por isso, a pessoa tem de ser artífice em larga medida do seu ordenamento e os efeitos jurídicos que se produzem são primariamente de imputar a essa autonomia.

A revisão a que se procede no âmbito da alteração das circunstâncias não é inimiga da autonomia privada e do poder auto-vinculativo da vontade. A autonomia não sai diminuída: sai pelo contrário dignificada.

A metamorfose em curso neste sector leva a que se consagre

uma autonomia concreta e não uma autonomia vazia. Respeita-se o que as partes quiseram, nas circunstâncias em que se encontravam.

Havendo uma proporção ou equilíbrio que as partes estabeleceram entre si, é essa equação que deve ser determinante. É essa que é necessário antes de mais preservar.

Até mesmo onde houver um elemento de liberalidade, ou um desequilíbrio livre e conscientemente aceite, continua a ser essa proporção a base da vinculatividade do negócio. Em caso de alteração das circunstâncias a preservação do negócio consiste na preservação desse posicionamento recíproco básico. Haverá que recompor o equilíbrio substancial que as partes pretenderam, e não insistir em poderes ou vinculações que deixaram de se justificar.

Servir a justiça consiste assim em preservar a manifestação concreta de autonomia que foi substancialmente consentida, e não em impor uma cega subordinação aos preceitos que a exprimiram em circunstâncias históricas diferentes.

Por isso, só nos casos em que esse realinhamento não for realizável é que nos teremos de resignar a admitir que a defesa da autonomia concreta das partes não permite atribuir efeitos àquele negócio. Quer dizer, tendencialmente, só perante impossibilidade fáctica ou legal de modificação teremos de aceitar a resolução do contrato.

O resultado é substancial e enriquecedor. Não matámos o *pacta sunt servanda*, conjugámo-lo com o *rebus sic stantibus*. Os factos devem ser observados (princípio fundamental da autonomia) *rebus sic stantibus* (princípio fundamental de justiça e de respeito da vinculação realmente assumida).

FUNÇÃO JUDICIAL NA SOCIEDADE DE RISCO

José Lázaro Alfredo Guimarães*

(A Lucas Gabriel, que passou como um lampejo, amou e foi amado, agitando as mãozinhas e os pezinhos)

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Prevenção e informação. 3 – Acesso à informação. 4 – Crise no controle social. 5 – A tutela jurídica e sua relativização.

1 - INTRODUÇÃO

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao confirmar, sem qualquer fundamentação, decisão da Corte de Apelação de Washington, estabeleceu precedente no sentido de que o Executivo tem poderes para deter pessoas suspeitas de terrorismo sem informar suas identidades (Center for National Security Studies v. United States Department of Justice, nº 03-472, dia 12.1.2004). Naquele processo, os procuradores federais sustentaram o ato governamental de recusa a fornecer os nomes dos detidos com base no estatuto antiterror, argumentando que “tempos de crise e medo demandam vigilância dos cidadãos e de suas cortes para assegurar que as medidas adotadas pelo Executivo sejam consistentes com nossos valores fundamentais e princípios constitucionais”.

Eis o ponto a que chegou a sociedade de risco, em sua dimensão mundial: qualquer pessoa que se encontre sob efeito da ação da superpotência está sujeita à prisão incomunicável, sem recurso algum. Assim como as ditaduras sul-americanas das décadas de 60 e 70, que se arrogavam o poder de fazer desapare-

*Professor Coordenador do Núcleo de Direito Processual da Faculdade Baiana de Ciências - FABAC e Desembargador Federal do TRF 5ª Região.

cer seres humanos, os Estados Unidos hoje invocam o combate ao terrorismo para fixar uma legislação processual penal inteiramente contrária à Declaração de Direitos Humanos e aos princípios fundamentais de direito advindos de um longo processo, iniciado na Inglaterra de 1250 e estratificado no Bill of Rights com que a nação americana inaugurou a modernidade constitucional¹.

Nos anos 80 e 90, os teóricos à globalização anunciavam tempos felizes, em que a união da liberdade de mercado com democracia iria gerar desenvolvimento e harmonia no convívio entre os povos, quem sabe alcançando o ideal kantiano de paz concertada, mas logo se mostraram mais fortes os fatores de concentração desmedida de renda e domínio de mercados, principalmente em mãos de minorias étnicas (Amy Chua, *World on Fire*, 2002), de contaminação e de desordem, decorrentes da utilização perniciososa de tecnologia, desde a produção nuclear descontrolada, a transformação genética abusiva, até a disseminação de agentes químicos no fabrico e cultivo de alimentos, que alcançam proporções gigantescas e engendram um novo tipo de estrutura político-social denominado de sociedade de risco pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. (*Risikogesellschaft*, 1986).

Na sociedade de classes, cuida-se da distribuição de riquezas, de bens materiais e imateriais economicamente identificados. Há uma divisão do trabalho e a apropriação de bens pelas diferentes classes sociais. O senhor feudal possuía a terra e a explorava utilizando o sistema de vassalagem; o capitalista detém os meios de produção e os aproveita com o emprego da força de trabalho assalariado. Há quem ganha sempre, há quem perde e ganha e quem nada tem a perder, senão suas amarras. Na sociedade de risco, embora se apresentem os reflexos da diversidade na acumulação de riquezas e poderes, na distribuição dos efeitos

¹ Eis o texto da Emenda VI à Constituição norte-americana: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district where in the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense".

perversos da poluição, do desmatamento, da expansão da criminalidade, dá-se o efeito bumerangue, a propagação generalizada dos perigos, por exemplo, do uso de agentes nocivos no cultivo de plantas e na produção de alimentos, da contaminação do ar e da água e da globalização do terrorismo. A solidariedade na miséria se viu substituir pela solidariedade no medo, que a todos atinge indistintamente e dobra até a maior corte de Justiça do mundo ocidental, aquela mesma que, sob a presidência de Marshall, estabeleceu o controle judicial dos atos da Administração Pública.

Quando o Estado trata de regular a distribuição de riquezas, o resultado é uma norma que se baseia em fenômenos objetivamente avaliados, tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito, que atua sobre a realidade, mas, em relação ao risco decorrente do emprego intensivo de tecnologia, trabalha-se quase sempre com o virtual, com modos de prevenir o mal que pode ou não advir do uso de engenhos técnico-científicos. Tais efeitos danosos o sistema termina por buscar evitar, a contragosto, já que as usinas nucleares, as indústrias poluidoras, os agrotóxicos e praticamente todos os causadores da ameaça ao ambiente são também geradores de riquezas, a sua limitação afeta interesses ligados a diversas classes sociais, tanto detentoras do capital quanto do trabalho. Assim, se uma experiência científica produz acidente com a liberação de carga tóxica, ou de nova modalidade de vírus, é preciso agir para evitar a disseminação, ainda que em sacrifício de interesses financeiros e corporativos.

Dada a condição virtual do conteúdo da norma de proteção ante os riscos sociais, ao juiz já não basta certificar os fatos e determinar o direito aplicável à situação concreta, mediante sanção de conteúdo positivo ou negativo, mas lhe passa a ser exigida cada vez mais a atividade especulativa, a avaliação dos elementos que colocam em perigo um grupo e os meios de evitar ou atenuar os efeitos de lesões que podem ou não advir, mas, se concretizados, irão atingir as pessoas indistintamente e em proporções muitas vezes catastróficas. A propagação do perigo em escala mundial requer uma nova compreensão da função judicial, e não a abdicação do controle dos atos administrativos, a transferência de responsabilidade ao Executivo. Ao juiz é reservado o papel que se vê alargado na sociedade de risco, jamais amesquinhado.

Acrescenta-se à função judicial a verificação dos fatores que ameacem direitos e a adoção de providências que evitem ou amainem os efeitos nocivos, especialmente aqueles que afetam interesses gerais.

Os países centrais, produtores de alta tecnologia, já vivem as condições plenas da sociedade de risco. Neles a gestão política preventiva assume prioridade absoluta, e já não apenas na proteção do meio ambiente, mas também dos fenômenos interligados à deterioração da vida social pela concentração desmedida de riquezas, pela exclusão de camadas cada vez maiores das populações, pela imigração, pelo desemprego e, finalmente, pela ação do crime organizado e dos grupos terroristas, imbrincados nos bolsões de miséria, mas interligados a grupos econômicos poderosos, clandestinos ou não, favorecidos pela utilização dos meios eletrônicos de comunicação e de transferência de recursos financeiros, fortalecidos pelo emprego de armas poderosas.

E os países periféricos, como o Brasil, que sequer conseguiram ganhos razoáveis na luta contra a miséria, vêm-se atingidos em cheio pela propagação dos perigos de contaminação e do terror, até porque a primeira providência na distribuição dos riscos, a partir dos centros mundiais de poder, é o direcionamento dos meios sujos (fábricas poluidoras, tráfico de armas, experiências químicas e biológicas) para as regiões mais pobres, bem longe dos Estados Unidos e da Europa Ocidental.

2 - PREVENÇÃO E INFORMAÇÃO

A eficácia na prevenção do risco provocado pela atividade terrorista, assim como a disseminação de práticas sociais capazes de reduzir os perigos da contaminação do solo, da atmosfera, da água, e de reduzir as tensões dependem fortemente da divulgação, da informação, do acesso à notícia e da sua veiculação responsável. A veiculação de uma notícia em cadeia mundial é capaz de arruinar, da noite para o dia, várias nações ao mesmo tempo, com pressões cambiais, quedas nas bolsas de valores, fugas de capital. Os meios reflexivos de ação humana, descritos com experiência de causa por George Soros, tornam-se decisivos na acumulação de capital e de poder, em meio à especulação fi-

nanceira desenfreada e globalizada. A distribuição dos riscos se faz com aproveitamento da generalização do temor. Empresas se especializam na atenuação do perigo (exemplos: segurança privada, programas antivírus, seguro saúde), laços fortes se consolidam entre a criação de fatores de perigo (reais ou imaginários) e a obtenção de lucros.

A escalada mundial do terrorismo, suas vinculações com os sistemas financeiros de lavagem de dinheiro e a utilização de meios eletrônicos de comunicação, como a Internet, o telefone celular, a televisão, o rádio e o jornal para fins de planejamento, ação e propaganda, a fraude em grande escala com a utilização dos fatores de risco, o manejo da comunicação de massa para fins especulativos constituem elementos novos que desafiam o estudo dos limites legais e éticos válidos ao acesso à informação e de livre expressão e liberdade de imprensa.

Estão interligados os papéis do juiz e dos agentes da informação, em sua tríplice conformação – fontes/meios/receptores –, sobre as diversas modalidades de controle social, desde as convenções, hábitos e regras costumeiras, até a eficácia do direito estatal. Os valores disseminados pelos meios de comunicação, pelas relações de vizinhança nas concentrações urbanas, pelas formas abertas de convívio familiar apresentam fortes imbricações com os comportamentos de grupos ligados por interesses e vicissitudes comuns. Os desvalores repercutem sobre a realidade, com a expansão do crime organizado, a redução de eficácia das instituições e a fragilização das convenções sociais como modo predominante de manutenção da paz e da ordem.

Criminalidade e violência se propagam, nesse ambiente, em ritmo acelerado, com a globalização das atividades de quadrilhas, o emprego dos recursos da rede mundial de computadores, a Internet [web, correio eletrônico criptografado, telnet, invasão de sistemas de computação (hackers)], a propagação de vírus, utilização de recursos de publicidade sub-reptícia para estimular o consumo de drogas e desmoralização dos agentes públicos, estímulo à tendência pós-moderna, à deslegitimação da autoridade, ou desinstitucionalização do sistema de representação democrática do poder.

3 - O ACESSO À INFORMAÇÃO

Como acentuei em trabalho publicado há dez anos¹ as garantias da livre expressão, da liberdade de imprensa e do acesso à informação estão conjugadas e têm sofrido tumultuada evolução ao longo da História. Quem diria que o tema que levou John Milton a escrever a "Areopagítica", em 1644, para defender o direito de impressão sem prévia licença governamental, voltasse a agitar a Inglaterra, como nos últimos meses, em função dos escândalos envolvendo personagens da família real e da política.

Busca-se, hoje, no Reino Unido, estabelecer um código de ética para preservar a privacidade dos indivíduos diante do jornalismo de mexericos. O centro da discussão reside na alternativa entre criar-se um tribunal especial para julgar os jornalistas infratores ou deixar que os próprios veículos de comunicação formem uma espécie de conselho, incumbido de apreciar esses casos.

Outro aspecto da polêmica reside em determinar-se até que ponto o interesse público pode justificar a apuração de fatos da vida íntima de alguém. Os norte-americanos sabem que a fama ou a candidatura a qualquer cargo público são razões bastantes para que estejam expostos a total cobertura jornalística, ou à edição de livros ou filmes sobre seus hábitos e preferências sexuais, a origem dos seus empregados domésticos, as suas pendências com o Fisco e tudo mais que interessar à opinião pública.

Foi por causa de um romance clandestino com uma modelo que Gary Hart perdeu a indicação como candidato democrata em 1988, e, pelo mesmo motivo, por pouco não aconteceu o mesmo com Bill Clinton. Mas, logo após assumir a Presidência, Clinton enfrentou o jornalismo investigativo, que descobriu o casal de peruanos ilegalmente internados que Zoe Baird, indicada para a Procuradoria Geral de Justiça (Attorney General), mantinha como empregados. A renúncia da aspirante foi a solução. Uma nova escolha se fez, na pessoa de uma juíza federal de Nova Iorque, mas a imprensa logo levantou o seu passado e verificou que há uns dez anos ela também empregara uma imigrante como babá,

¹ "As Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público", Ed. Brasília Jurídica

sem o “green card”. Nova desistência.

Nos países em que a imprensa é forte, é comum pessoas de alta qualificação recusarem convites para o exercício de funções públicas, para evitar a chafurdagem de suas vidas. Sabem que, uma vez anunciada sua escolha, como que ingressarão numa arena, ante uma platéia planetária ávida de sensação, e o seu passado será esquadrihado em todas as direções, tudo de sua vida será devorado avidamente, por todos. Mário Vargas Llosa, em artigo para “El País”, comenta a receptividade do cidadão norte-americano aos exageros das matérias sobre o comportamento das autoridades e pergunta:

“Será saudável ou prejudicial para a sociedade considerar quem desempenha uma função oficial de qualquer espécie um inimigo potencial, de quem se deve esperar o pior e que é preciso vigiar, submeter a contínuos desafios e contra quem, ao primeiro tropeço ou sinal de fraqueza se deve brandir punhais ou simplesmente ‘fritar’?”

Não são raros os casos em que a grande imprensa reclama da negativa de acesso dos repórteres aos locais onde perpetrados atentados, ou aos processos judiciais que correm em segredo de justiça, ou da recusa do juiz de fornecer dados sobre os feitos. De outra parte, os acusados se queixam do fornecimento de dados por delegados de polícia, promotores ou juízes constantes de inquéritos ou processos nos quais deveria ser preservado o direito à imagem e à honra de quem ainda não foi julgado culpado.

Há ainda aquelas situações mais gerais em que o governo é levado a impedir a divulgação de fatos que se ligam estritamente à segurança nacional ou que necessitam ficar sob sigilo enquanto apurados. Nos Estados Unidos, um tribunal federal de apelação considerou inconstitucional a vedação do acesso à prisão e aos elementos dos processos pelos advogados e familiares dos presos por suspeita de participação nos atentados de 11 de setembro de 2001, enquanto um outro tribunal considerava válida a extensão da prisão por tempo superior ao previsto para crimes comuns. A decisão de agora, da Corte Suprema, parece tender para essa última orientação, de caráter reducionista.

É preciso, no entanto, buscar-se o equilíbrio, num quadro em que se mantenha a atuação do Judiciário, em que se apresenta ao juiz, como elemento indispensável ao exercício de suas funções, a análise dos limites legais e éticos à atuação estatal preventiva e repressiva, no combate ao crime organizado, com permissão de controle e uso de prova obtida mediante interceptação de dados, a escuta telefônica, participação da televisão na cobertura ao vivo dos atos criminosos e outras modalidades de intervenção midiática na atividade policial ou judicial. Sobreleva, então, o uso das medidas antecipativas, capazes de prevenir lesões de direito, e da tutela específica, consistente em determinações de fazer e de não fazer (art. 461 e seus parágrafos, CPC).

4 - CRISE NO CONTROLE SOCIAL

Em setembro de 2002, a revista “Nouvel Observateur” dedicou toda uma edição ao estudo sobre a importância do pensamento de Nietzsche para compreensão do caos que se abate sobre a cultura contemporânea. Diversos dos artigos ali publicados referem-se à ruptura que representou a constatação do filósofo acerca da morte de Deus para o mundo moderno, da massificação do comportamento e a conseqüente vulgarização dos costumes.

O mesmo fenômeno, sob óticas diferentes, recebeu análise percuciente, em alguns pontos profética, de Aléxis de Toqueville (“A Democracia na América”), e de Ortega e Gasset (“A Rebelião das Massas”). Antes, o tema já estivera sob a cogitação inquietante dos personagens de Dostoiévski, especialmente em “Os Demônios” e em “Os Irmãos Karamazov”, sob o estribilho mil vezes repetido do “se Deus não existe tudo é permitido”. Mas, se a humanidade já conheceu as cruzadas, a inquisição, a intolerância, as guerras e a perseguição política em nome de Deus, e se pensara que o iluminismo, o constitucionalismo e os ideais do liberalismo político dariam o toque de suavidade e civilidade ao convívio social, o incremento neste início do século XXI da barbárie de conotação religiosa exige uma nova reflexão sobre as mesmas questões que agitaram a Europa do século XVIII: o conteúdo e o alcance das liberdades de religião, do pensamento e da expressão.

Em 26 de novembro de 2002, na Nigéria, a jornalista Isioma

Dan foi condenada à morte por escrever, numa matéria de primeira página de jornal, que Alá estaria prazerosamente em meio às candidatas ao Miss Mundo. Essa brincadeira, aliás, já resultara em conflitos de rua que levaram mais de 150 pessoas à morte. Somente no final de 2003, quase um ano após, Isioma foi absolvida por uma corte de apelação, em razão da pressão mundial.

Os filmes e as novelas de televisão apresentam, em geral, um mosaico valorativo cuja base coincide com a constatação de que “tudo é permitido”. É como se a inscrição das ruas de Paris em 1968, “É proibido proibir”, tivesse se transformado em dogma, ou máxima de bom viver. Ao mesmo tempo, multiplicam-se as reportagens de denúncia, especialmente de desvios legais e morais de homens públicos. O resultado é uma confusão absoluta, em que se torna penosa, praticamente inviável, a avaliação ética, a distinção do bem e do mal, do certo e do errado.

É ainda de Nietzsche a profética constatação, em “Para Além do Bem e do Mal”, de que os dogmas do idealismo filosófico e do cristianismo estavam sepultados. No plano político, somente em 1989, com a queda do Muro de Berlim, ruiu a última utopia. E, logo após, o sistema imperial capitalista triunfante terminou perdendo a base da sua sustentação ideológica, quando recorreu a métodos arbitrários e negou os valores do devido processo legal e do estado democrático de direito, a pretexto de combater o terrorismo como polícia internacional.

5 - A TUTELA JURÍDICA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Calmon de Passos, em “Tutela constitucional das liberdades” (Teia Jurídica, 1999) ressalta a excelência do dever, na avaliação da eficácia do controle social. Assinala o mestre baiano que “60% dos destinatários são respeitadores da norma, bem mais da metade o faz por autolimitação de sua liberdade, ou em face da cogência da sanção social, o que deixa bem pouco para a eficácia da tutela jurídica da liberdade. Conclui-se, portanto, serem a autolimitação e a heterolimitação social as que mais contam, por sua eficácia abrangente e imediata, como forma de tutela das liberdades, em lugar da tutela jurídica, só implementável mediante heterolimitação com elevado custo em termos de tempo e dinheiro, a par do alto risco de frustração que oferece, por sua incapacidade de ser

onipresente”.

E acrescenta: “a segurança das liberdades sociais assenta, em termos de sua efetiva garantia, em primeiro plano, e quase decisivamente, na autolimitação da liberdade, fruto da aquisição de hábitos pelo indivíduo. E isso só se dá por via da educação, tomado o termo em seu sentido mais abrangente, mediante a qual os hábitos são institucionalizados. A heterolimitação social vem a seguir, colocando-se a que é politicamente institucionalizada, de que se ocupa o Direito, como o recurso extremo, necessário para suprir o fracasso dos meios precedentes e por força da necessidade de se dispor de um último instrumento de garantia da ordem social no vazio deixado pela falha dos instrumentos mais excelentes apontados precedentemente. Estamos gestando um mundo em que se sucedem fulgurantes proclamações formais de liberdade às quais se associa uma progressiva insegurança material, alimentada pela também progressiva conflituosidade de uma convivência social de homens que perderam toda referência ao dever como valor e fizeram de si mesmos, na sua solidão sem solidariedade, o valor supremo. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profilaxia e prevenção”.

Diz ainda: “Nossa criminosa indiferença para com o outro, principalmente o mestiço e nacional, acentuado pelo desastroso interregno autoritário de um quarto de século, fez-nos um país marcado por uma desigualdade real que torna a igualdade formal mera e pungente caricatura. A tudo isso, somamos o fato de havermos chegado muito tarde num mundo cada vez mais opressivo e excludente, padecendo da falta de consciência dessa tragédia ou desse desafio”. “O rei está nu”.

Vem dos Estados Unidos, no auge da construção de uma sociedade liberal, o uso da expressão *liberdade na ordem* – Justice Cardozo em *Palko vs Connecticut* –, com o significado da troca da liberdade natural pela segurança de uma sociedade organizada.

A sociedade civil nasce do cansaço de combates incessantes. Sociedade policiada é aquela que interiorizou tão bem a obri-

gação de depor as armas que a transformou em dever, e já não tem necessidade de polícia. Daí a noção do direito como uma ordem de coação. O Estado tem o monopólio do exercício da coerção física em seu território [François Rigaux (A Lei dos Juízes, Paris, 1997, São Paulo, 2000)]. As escapatórias à coerção são a imigração, a democracia política e a organização de um espaço de liberdade. São essas opções de liberdade que a doutrina Bush vem esmagando, agora com a complacência da Corte Suprema norte-americana.

No mundo de redes interligadas em tempo real e de riscos que devem ser prevenidos a tempo de evitar catástrofes, dá-se a concorrência entre as ordens jurídicas. A coexistência de ordens jurídicas múltiplas requer que sejam ligadas umas às outras. Estabelecem-se relações entre o direito internacional e o direito interno, as relações mútuas dos direitos estatais e as que as ordens jurídicas supranacionais mantêm umas com as outras, com o direito internacional e com o direito estatal.

Tutela-se o direito com a sua efetivação, ou, para usar as palavras de Calmon de Passos, com o alcance do bem da vida atribuído a certa pessoa pela norma jurídica, em determinada situação hipoteticamente prevista, que vem a se concretizar. É importante assinalar que, não obstante a variedade de tutelas, o Estado detém o monopólio da tutela jurisdicional e a coloca sempre acessível a todos, proibindo o legislador de excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

De todo modo, quando criado um obstáculo à espontânea atuação da consequência prevista no preceito normativo, resta clara a via preferencial, no Processo Civil, da autocomposição do litígio. Tanto é assim que já na Constituição Federal é destacada a finalidade de conciliação, nos Juizados Especiais (art. 98, I) e previsto o funcionamento da justiça de paz (art. 98, II). No Código de Processo Civil, é imposta a audiência inaugural, com o objetivo de conciliação (arts. 277, 331, 447), que deve ser perseguido em todos os graus de jurisdição. Essa não é a regra geral no Processo Penal, salvo nos delitos de menor potencial ofensivo, em que se admite a transação (CF, art. 98, I).

A tutela autocompositiva pode se verificar, pois, tanto fora do processo, como no curso deste e no interior da relação jurídica processual. No primeiro caso, realiza-se pelo encontro direto de vontades das partes, que podem estar ou não assistidas por advogados, e sem intervenção do juiz. Na hipótese de já existir processo, contudo, será necessária a homologação judicial.

O acordo, no qual as partes envolvidas no litígio, resolvem terminá-lo mediante composição, com a recíproca concessão de vantagens, renunciando a algumas para obter outras, pode revestir formas diversas, às vezes requerendo forma especial, como se for celebrado durante audiência, quando será lavrado o respectivo termo, outras vezes sequer exigindo forma escrita.

Na sociedade de risco, o fato de o técnico e o cientista detem o saber especializado sobre os fatos potencialmente danosos não deve servir de argumento para reduzir o âmbito da atividade jurisdicional, porque somente nesta se apresentam os fundamentos da alteridade, da imparcialidade, a única justificação razoável para a intervenção do Estado sobre a esfera das liberdades. Isso não impede, mas ao contrário, requer o estímulo à solução autocompositiva dos conflitos de interesses, desde que mantido o direito de acesso à jurisdição.

6 - CONCLUSÕES

Do exposto, impõem-se as seguintes conclusões:

1 – A função judicial amplia-se, na sociedade de risco, nela estando compreendida a prerrogativa de prevenir danos decorrentes de práticas nocivas ao meio-ambiente e à sociedade em geral;

2 – o acesso à informação conjuga-se aos princípios fundamentais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais da pessoa humana e da livre iniciativa, do pluralismo (CF, art. 1º) , com objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º) , e a subordinação do Brasil, em relações internacionais, aos princípios do repúdio ao terrorismo e ao

racismo e da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º);

3 – o direito do jornalista de obter informações para divulgação nos meios de comunicação social sobre fatos que deveriam ser apurados ou se encontram sob investigação da autoridade pública, nas esferas administrativa ou judicial;

4 – os limites válidos ao exercício do direito à informação devem estar explicitados na lei, em harmonia com o princípio constitucional do acesso à informação e baseados na supremacia de outros valores igualmente garantidos pela Constituição Federal;

5 – o juiz pode e deve se pronunciar sobre processos sob sua direção, desde que não se encontrem sob segredo de justiça e que não avance qualquer apreciação a respeito do julgamento da causa (proibição de pré-julgamento);

6 – o juiz não pode emitir juízo de valor sobre processo em curso sob sua direção ou de outro juiz;

7 – ao membro do Ministério Público se aplicam as limitações impostas pela Constituição Federal aos magistrados;

8 – o princípio da moralidade administrativa impede a divulgação pela Administração Pública de fatos, ainda que sob investigação policial, que visem prejudicar a imagem de pessoas suspeitas do cometimento de delitos ainda sob investigação;

9 – o combate ao terrorismo exige a atuação coordenada das autoridades e de todos os setores da sociedade atingidos pelos crimes praticados contra a humanidade, mas deve se desenvolver sob controle judicial.

BIBLIOGRAFIA

SOBRE A ONDA DE TERROR E SUA REPERCUSSÃO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO:

1 – “O Terror” coordenação de Denis L. Rosenfield e Jean-François Mattei, Rio de Janeiro, 2002;

2 – “The Culture of Terrorism”, Noam Chomsky, Londres, 1988;

3 – “Il fronte dell’odio”, Salman Rushdie, La Repubblica, 22 de fevereiro de 2002;

4 – “Drilling for Freedom”, Thomas L. Friedman, The New York Times, 21 de outubro de 2002;

5 – “L’Occidente liberato dalla retorica”, Vaclav Havel, La Repubblica 4 de outubro de 2001;

6 – “Lo scontro di civiltà è cominciato con l’Afghanistan”, Samuel Huntington, La Repubblica, 27 de dezembro de 2001;

7 – “The Wrong War at the Wrong Time”, Tony Judt, The New York Times, 21 de outubro de 2002.

7.2 – Sobre a liberdade de expressão e o acesso à informação:

1 – “Human Liberty and Freedom of Speech”, C. Edwin Baker, New York, 1989;

2 – “A nova Universalidade dos Direitos Fundamentais”, Paulo Bonavides, Nomos, Fortaleza, 1990;

3 – “Direito de Informação e Liberdade de Expressão” – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Rio de Janeiro, 1999;

4 – “Libertades Informativas y Integracion Europea”, Teresa Freixes Sanjuan, Madri, 1996;

5 – “Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira”, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Rio de Janeiro, 1994;

6 – “Derecho de la Informacion”, Loreto Corredoira y Alfonso, Madri, 1992.

7.3 - Sobre a regulação da televisão:

1 – “A TV no Brasil do Século XX”, Othon Jambeiro, Salvador, 2001;

2 – “Mídia Eletrônica – seu controle nos EUA e no Brasil”, Rio de Janeiro, 1993.

7.4 – Sobre os aspectos ideológicos da comunicação de massa:

1 – “Men in Dark Times”, Hannah Arendt, New York, 1983;

2 – “A identidade cultural na pós-modernidade”, Stuart Hall, tra-

dução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, Rio de Janeiro, 2002;

3 – “Pensamento pós-metafísico”, Jürgen Habermas, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 1990;

4 – “Jürgen Habermas – Razão Comunicativa e Emancipação”, Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 1989;

5 – “A crise de legitimação do capitalismo tardio”, Jürgen Habermas, tradução de Vamireh Chacon, Rio de Janeiro, 1980;

6 – “Manipulação da Opinião Pública”, Luis Nandin de Carvalho, Lisboa, 1999;

7 – “As Ideologias e o Poder em Crise” – Norberto Bobbio, tradução de João Ferreira, Brasília, 1990;

8 – “A Questão Judaica”, Jean Paul Sartre, tradução de Mário de Janeiro Vilela São Paulo, 1995.

7.5 - Sobre o controle jurisdicional do direito à informação:

1 – “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Rio de Janeiro, 1989;

2 – “Ética e Retórica”, João Mauricio Adeodato, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002;

3 – “As Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público”, José Lázaro Alfredo Guimarães, Brasília, 1993;

4 – “Direito da Participação Política”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, São Paulo, 1992;

5 – “Interesses Difusos”, Rodolfo de Camargo Mancuso, São Paulo 1997;

6 – “O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas”, Sérgio de Andréa Ferreira, São Paulo, 1980;

7 – “Direito Penal, Estado e Constituição”, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, São Paulo, 1997;

8 – “Direitos e Deveres no mundo da Comunicação – da Comunicação Clássica à Eletrônica”, Ives Gandra da Silva Martins,

Revista Ibero-Americana de Direito Público, vol. 1, Rio de Janeiro, 2000;

9 – “State Politics, Parties and Policy”, Sarah McCally Morrehouse, New York, 1981;

10 – “The Courts and Social Policy”, Donald L. Horowitz, Washington, 1976;

11 – “Aspectos Jurídicos da Internet”, Gustavo Testa Corrêa, São Paulo, 2002;

12 – “Controle Jurisdicional da Administração Pública”, Germana de Oliveira Moraes, São Paulo, 1999;

13 – “Jurisdição Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, 1996;

14 – “A Constituição norte-americana e seu significado atual” – Edward S. Corwin, tradução de Leda Boechat Rodrigues, Rio de Janeiro 1986;

15 – “Igualdad y Discriminacion”, Miguel Rodriguez-Pinero e Maria Fernanda Fernandez Lopez, Madrid, 1986.

7.6 - Sobre os aspectos éticos, políticos e filosóficos e técnicos das questões abordadas:

1 – “Uma Teoria da Justiça”, John Rawls, 2ª. ed. brasileira, 2002;

“Fondements d’une théorie de la justice”, ensaios críticos sobre a filosofia política de John Rawls, publicados sob a direção de Jean Ladrerie e Philippe van Parijs, Paris, 1984;

2 – “Lê norme spagnole sulla protezione dei dati personali”, Mario de Janeiro G. Losano, Milano, 1996;

3 – “Ética é Justiça”, Olinto A. Pegoraro, Petrópolis, 2002;

4 – “A Casa & a Rua”, Roberto DaMatta;

5 – “Cooperação Judiciária Internacional”, diversos autores, Brasília, 2001;

6 – “Tráfico Internacional de Crianças”, Lineu Escorel Borges, Recife, 1991;

7 – “A Adoção de Crianças Brasileiras por Estrangeiro não Residente no Brasil”, José Lázaro Alfredo Guimarães, Salvador, 1991;

8 – “La grande désillusion”, Joseph E. Stiglitz, tradução para o francês de Paul Chemla;

9 – “Crime e Loucura”, Roque de Brito Alves”, Recife, 1998;

10 – “Claros e Esturos”, Muniz Sodré, Petrópolis, 1999;

11 – “Ciência e Ética no Direito”, Cláudio Souto, Porto Alegre, 1992;

12 – “La Desigualdad Del Mundo”, Pierre-Noel Giraud, Cidade do México, 2002;

13 – “La société du risque” – Ulrich Beck, traduzido do alemão por Laure Bernardi, Paris, 2002.

BREVE CONTRIBUIÇÃO PARA O ESTUDO DAS PENSÕES FACE À REFORMA PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti*

Para melhor se entender o conjunto de alterações constitucionais e legais que disciplinam o sistema de aposentadorias dos servidores públicos brasileiros e o regime de pensões dos dependentes deles, conjunto esse conhecido como “reforma previdenciária”, faz-se mister apreender e compreender as circunstâncias, os elementos externos e internos, que influenciaram ou forçaram essas modificações. Poder-se-ia dizer da necessidade de bem conhecer o palco sobre o qual essa peça se desenrola. Vários fatores relevantes influíram na reforma. Os principais são:

a) exaustão financeira dos entes políticos brasileiros, corroídos por elevada dívida pública, com elevado percentual em títulos de curto prazo e com indexadores que superam o crescimento da receita do Estado;

b) elevação da expectativa de vida da população e redução do crescimento demográfico, auxiliando no desequilíbrio do sistema de repartição simples tradicionalmente existente no Brasil;

c) interesse na formação de poupança compulsória de longo prazo representado pelos valores a serem capitalizados pelos fundos de pensão a serem criados;

d) desequilíbrio do atual sistema previdenciário público, fruto da Constituição de 1988, fértil em direitos, mas, sem que tenha havido uma adequada previsão de receita para suportar esse crescimento no elenco de direitos previdenciários, sobretudo para o setor público;

e) interesse das instituições financeiras internacionais na utilização pelo país do sistema de capitalização.

* Juiz do TRF da 5ª Região e Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPE.

No tocante à exaustão financeira do Estado brasileiro, tal é facilmente objeto de comprovação pelo exame de alguns dados orçamentários da União. Deve-se salientar que os dois grandes problemas, sob o aspecto financeiro, dos entes políticos brasileiros, estranguladores dos investimentos necessários em áreas relevantes como segurança, saúde, educação e infra-estrutura, vêm sendo a dívida pública e o custo do sistema previdenciário público. Apenas a título de ilustração, ressaltaria que, no exercício de 2003, foram destinados R\$512.293.413.000,00 para o refinanciamento da dívida pública mobiliária (interna e externa), o que, acrescido dos valores necessários ao refinanciamento da dívida contratual, totalizou R\$582.315.109.000,00. Só destinados a juros e encargos foram R\$93.644.106.000,00 (cf. Relatório de Execução Orçamentária da União – elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional – Diário Oficial da União – Seção I, p. 64 e 65, de 30.04.2003). Por outro lado, o total destinado a investimentos foi de apenas R\$14.180.170.000,00, dos quais apenas R\$40.251.000,00, ou seja, 0,28%, foi liquidado no primeiro trimestre daquele ano (cf. mesma fonte). Destarte, praticamente nada se investiu. Tal situação persistiu durante todo o exercício de 2003, na busca de superávits primários justificados para possibilitar o pagamento de encargos e serviços de uma dívida pública crescente.¹

Outro elemento de desequilíbrio das contas públicas, embora significativamente bem menos expressivo que esse, é o custo dos regimes previdenciários dos servidores públicos, tanto da União, quanto dos Estados e dos Municípios. Sabido é que a Constituição de 1988, ao impor, em sua redação original, a unidade de regime jurídico, gerando a “estatutarização” de todos os conjuntos de servidores, tendo os legisladores federal, estaduais e municipais agravado a situação, ao não observarem nem mesmo os limites do art. 19 do ADCT, gerou expressiva falta de correspondência entre os valores auferidos como receitas previdenciárias do sistema público e o conjunto de gastos com aposentadorias e pensões. Esse é o segundo componente da difícil situação financeira dos entes pú-

¹ Merece consulta sobre a questão da dívida pública brasileira de Rubens Fernando BOTARO – *O mercado de títulos de países emergentes nos anos 90*. In Finanças Públicas - V Prêmio Tesouro Nacional. Brasília –DF, 2001, p 13/78.

blicos - o regime previdenciário dos servidores públicos em sentido lato (abarcando civis e militares).²

Nesse ponto, é necessário que sejam explicitados dados do orçamento da União para demonstrar o desequilíbrio do sistema, que não vem se atenuando, mas se agravando, e que não será solucionado com a Emenda aprovada, caso se tenha como ideal a correspondência entre as receitas previdenciárias decorrentes das contribuições dos entes públicos e dos servidores e os dispêndios com inativos e pensionistas. Em 2001, até outubro, a União havia efetuado gastos no elemento de despesa de pessoal nas seguintes proporções – 1) No âmbito dos MILITARES – 35% COM O PESSOAL ATIVO e 64,3% COM REFORMAS E PENSÕES; 0,3% com obrigações patronais e 0,6% com outras aplicações. 2) Já com os SERVIDORES CIVIS da Administração Direta gastara 34% com aposentadorias e pensões; 45% com pessoal ativo; 9% com contribuições previdenciárias e 12,2% com obrigações patronais (cf. Relatório de Execução Orçamentária da Secretaria do Tesouro Nacional publicado no DOU, Seção I, p.56, de 01.10.2001). No exercício de 2003, a situação não melhorou. Segundo o Relatório da Secretaria do Tesouro Nacional, de 30.04.2003 (p. 77 e 78 do DOU), no demonstrativo de execução por elemento de despesa, informa-se que, no tocante aos MILITARES, para cada R\$8,9 gastos com ativos, foram gastos R\$16,1 (quase o dobro) com inativos e pensionistas; enquanto no segmento de SERVIDORES CIVIS da Administração Direta, para cada R\$18,8 gastos com ativos, foram gastos R\$14,3 com inativos e pensionistas e, no dos servidores civis da Administração Indireta (autarquias e fundações), para cada R\$12,3 pagos aos ativos, foram pagos R\$8,9 de aposentadorias e pensões. Observada sob a ótica do equilíbrio entre ativos civis/aposentados e pensionistas, a situação é preocupante. Con-

² Nota: Em verdade, sob o aspecto técnico-jurídico, os MILITARES são servidores públicos uma vez que representam o contingente de agentes em caráter permanente para exercício de uma função atribuída ao Estado. A supressão da expressão servidor, em relação a esse segmento, só ocorreu com a EC nº 18/98, para fazer com que esse conjunto não sofresse, na mesma intensidade que os servidores civis, os efeitos das ECs nºs 19/98 e 20/98 e da recente EC nº 41.

templada, sob o mesmo prisma, entre militares ativos/ reformados, inativos e pensionistas, a situação é DESASTROSA.

Analisando-se a mesma despesa em moeda corrente, têm-se os seguintes valores: enquanto foi gasto com pessoal civil ativo R\$11.784.047.000,00, o desembolso com aposentadorias foi de R\$5.017.406.000,00 e de R\$2.301.486,00 com pensões; já em relação ao pessoal MILITAR, o total gasto com o pessoal ativo foi muito inferior ao total de inatividade e pensões, havendo plena inversão em relação ao que seria razoável. Enquanto para os ativos o total de VENCIMENTOS E VANTAGENS FIXOS PAGO FOI DE R\$4.315.356.000,00, para os INATIVOS E PENSIONISTAS o total DESPENDIDO, no mesmo período, foi de R\$7.352.071.000,00. Verifica-se, quanto a esses, ABSOLUTO DESEQUILÍBRIO DO SISTEMA, FRUTO DE UMA LEGISLAÇÃO ABUSIVA QUE ESTENDE DIREITOS BEMALÉM DAQUELES QUE EFETIVAMENTE DEPENDEM DO MILITAR, E ALCANÇANDO, NO MÍNIMO, DUAS GERAÇÕES (ATÉ A VELHICE), POIS AS PENSÕES DA SEGUNDA GERAÇÃO NÃO SÃO TEMPORÁRIAS (daqueles que se encontravam em exercício em 2000).

Poder-se-ia formular duas indagações acerca da inclusão dos militares nesse questionamento: qual a razão da inserção dos militares na discussão? E qual o motivo da distorção inaceitável do sistema previdenciário dos militares, sobretudo no que concerne aos pensionistas? No respeitante à primeira indagação, a resposta é bastante simples. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), ao tratar, em seu art.18, das despesas com pessoal, considera no mesmo conjunto CIVIS, INATIVOS, MEMBROS DE PODER, ..., MILITARES. Tendo em conta que a verba orçamentária é a mesma, não há como se aceitar a separação de um grupo, para um dos integrantes não ser atingido pela reforma, ao menos parcialmente, quando a distorção em relação a ele é a maior existente e quando essa deturpação repercute em todo o restante do pessoal, pois o limite de comprometimento em relação à receita corrente líquida é global.

Outro elemento importante, no contexto do desequilíbrio do sistema previdenciário, foi a alteração, com drástica redução, dos índices demográficos, aliado a esse fato a longa estagnação por

que passa a economia brasileira que, após o “boom” dos anos setenta do século passado, não mais conseguiu alcançar índices de alguma expressão no crescimento econômico. Tais fatos – diminuição do crescimento demográfico e redução do índice de desenvolvimento da economia – refletiram, obrigatoriamente, nos postos de trabalho. Além disso, mesmo nas áreas industrial e agrícola, o aumento de capacidade produtiva não tem correspondido à elevação do nível de emprego. Esse aspecto foi devidamente salientado por Warren MACGILLIVRAY, que destacou: “*os arranjos existentes carecem de sustentabilidade quando se consideram os desenvolvimentos futuros na demografia*”.³ No setor público, por outro lado, as dificuldades financeiras têm levado a uma não ampliação dos cargos públicos, ou, pelo menos, em abrandamento no nível de crescimento desses cargos. Enquanto isso, as despesas previdenciárias têm crescido significativamente com o envelhecimento dos quadros e o aumento do número de inativos, em comparação com o de servidores ativos. Tal fato tem consequências graves em sistema de *repartição simples*, como é o tradicional sistema previdenciário do setor público.

A reforma tenta interferir nessa incômoda relação. No campo do RGPS, fê-lo com medidas tentando reduzir o valor médio dos benefícios. Dentre as providências tomadas, destaque-se a criação do **fator previdenciário** e o **alongamento dos salários de contribuição a serem considerados**. No que atine ao primeiro, o STF não considerou inconstitucional a fórmula do fator, que passou a levar em consideração para o cálculo das aposentadorias a diferença entre a idade do beneficiário, no momento da concessão do benefício, e a expectativa de vida obtida pelo IBGE. Quanto mais próximo se encontrar o beneficiário desse limite, maior será o seu benefício. Em relação ao prolongamento do elenco de salários de contribuição (regra também adotada para os novos servidores estatutários, de acordo com o art. 1º da MP nº 167/2004, que regulamenta a EC nº 41/2004), verifica-se a tendência de redução do valor do benefício pelo cômputo de menores salários, embora cor-

³ In Anais da Reunião Especializada – Técnicas Atuariais e Gestão Financeira – Coleção Previdência Social / vol 10, Brasília: MPAS, 2001, p.07.

rígidos. No tocante aos regimes de servidores estatutários, face às dificuldades de mudança para o **regime de capitalização**, considerando os elevados custos⁴ estimados, prosseguiu-se, conforme será visto mais adiante, para algumas mudanças no regime anterior, visando, basicamente, à redução de gastos pelo aumento do período de atividade; diminuição dos custos, alcançando, por exemplo, o cálculo da renda mensal inicial e das correções das pensões; desaparecimento para os novos servidores da vinculação do valor da aposentadoria com os da remuneração do período ativo; e aumento de receita com a pretensão de cobrança de contribuições dos inativos (aposentados e pensionistas).

Outro aspecto de grande importância para o entendimento da reforma previdenciária do setor público é que as contribuições previdenciárias, ou seja, o capital previdenciário, tem um valor expressivo, do que decorre o grande estímulo dado aos fundos de pensão, de grande interesse dos bancos de investimento nacionais e estrangeiros. Observe-se que, com a tendência convergente dos sistemas previdenciários brasileiros, se imporá, faticamente (pois que, sob a ótica jurídica, será facultativo), aos servidores públicos, a adoção de plano de previdência complementar, tal como já ocorre em relação aos quadros das grandes empresas públicas e privadas, que são, normalmente, mantenedoras de planos fechados de previdência.⁵ São exemplos desses fundos a PREVI, a FUNCEF, a PETRUS. O montante de recursos capitalizados por es-

⁴ Convenientemente ressaltou Vinicius CARVALHO PINHEIRO que “a transição para um regime de capitalização, a privatização do sistema não era uma alternativa viável. Temos vários estudos que demonstram que este custo de transição de um sistema para outro, caso fosse adotado um sistema puramente de capitalização, seria da ordem de 200% do PIB. Há vários estudos do Banco Mundial que calcularam em 200% do PIB...a CEPAL calculou 201,6%, em 1999, o FIP/USP calculou 255% do PIB”. In Reforma dos Sistemas de Pensão na América Latina. Brasília: Coleção Previdência Social, vol 12, 2001, p.31.

⁵ É relevante ressaltar que a EC nº 20/98 impôs aos planos fechados de previdência complementar mudanças no modelo que deixou de ser de benefício pré-definido, passando para o modelo de contribuição pré-definida, com valor do benefício a demarcar-se em função do montante capitalizado. A matéria é disciplinada pelas Leis Complementares nºs 108 e 109.

ses fundos, com uma significativa tendência de crescimento, é extremamente relevante. Bem destacam SRINIVAS e YERMO: “*Latin American pension funds have begun accumulating substantial amounts of assets...Brazil which has a voluntary and largely employer-based pension system, had over \$80 billion in assets (10 percent of GDP). Salomon Smith Barney, the Investment Bank, projects that Latin American pension fund assets will grow to about \$850 billion by 2015*”.⁶ Importante destacar, como fazem os citados autores, que há um grande interesse dos investidores internacionais, sob o argumento de que os mercados dos mais emergentes são fracos e desestruturados, devendo-se possibilitar a captação desses recursos para utilização nos mercados mais desenvolvidos⁷. Tal tese, muito sedutora, em ocorrendo, será bastante danosa para a economia nacional, pois os recursos seriam canalizados para o exterior, retornando sob a forma de empréstimos em taxas mais elevadas. Não se pode olvidar, entretanto, que esse segmento da economia é extremamente relevante e que desperta mais interesse que grandes empresas nacionais, como a Petrobrás ou o Banco do Brasil.

A partir das observações aqui lançadas, são enumeradas apenas algumas das principais alterações do regime previdenciário dos servidores públicos, introduzidas pela EC nº 41/2003, que seguiu na mesma trilha da EC nº 20/98, apenas procurando dar mais efetividade a normas previstas na anterior, buscando criar mecanismos desestimuladores das aposentadorias, impondo, por emen-

⁶ YERMO, Juan & SRINIVAS, P.S. “Risk Management through international diversification: the case of Latin American Pension Funds”. In MITCHELL, HSAMMOND e ZELDES (orgs.). *Innovations in retirement Financing*. Philadelphia, 2001, p.284.

⁷ Defendem YERMO e SRINIVAS: “**Latin American private pension funds face many challenges operating within the context of relatively less developed financial markets and weaker institutional structures (compared to those in developed economies). Specifically, as assets under management is limited, one major area of concern has been how these funds should be invested and how risks in the process should be managed. In particular we focus on the debate that has accompanied the issue of Latin pension funds investing (at least a part of) their assets abroad, in the developed markets**”. Ob.cit., p.284.

da constitucional, as cobranças de contribuições dos inativos, afastando a paridade e a vinculação no que toca às aposentadorias dos novos servidores e, de modo mais drástico, em relação aos *pensionistas*. Neste breve trabalho, a abordagem da reforma será voltada basicamente para esse segmento, mais frágil e que sofreu maiores *danos* com a alteração constitucional.

AS PENSÕES DE ACORDO COM O NOVO REGIME.

Ressaltaria, de logo, que o regime dos pensionistas, com a Constituição de 1988, foi o mais beneficiado diretamente pelas previsões da redação original do art. 40, §§ 4º e 5º, da Carta Constitucional, que asseguraram àqueles paridade com os servidores ativos, no tocante aos reajustes, e vinculação em relação às remunerações dos cargos efetivos. Não se olvide que o sistema decorrente da Constituição anterior não assegurava essas regras. Por outro lado, as pensões permanentes e temporárias, estatutárias, eram fixadas em cotas (vide a Lei nº 1711/52 - antigo estatuto dos servidores públicos civis da União). Não se garantem, também, os mesmos índices de correção para ativos, aposentados e pensionistas. O avanço constitucional de 1988 foi “excessivo”, em se considerando a inexistência de bases atuariais para tal avançamento. Outra relevante mudança, que interferiu no valor das pensões, foi a unificação dos regimes jurídicos, efetuada até mesmo com violação da regra limitadora do art. 19 do ADCT, gerando a transformação dos então servidores “celetistas”, que representavam significativa maioria, em estatutários, transferindo para os entes públicos o ônus das futuras aposentadorias e pensões, anteriormente submetidas ao RGPS. Não se perca de vista que as despesas previdenciárias estatutárias eram muito menores porque apenas as carreiras típicas estavam sujeitas a esse regime, estando as demais submetidas a regime contratual, com previdência basicamente do RGPS. No âmbito federal, *exempli gratia*, a Lei nº 6.185, de 11.12.74, enumerava, taxativamente, os cargos referentes às carreiras relativas à segurança pública, diplomacia, tributação, arrecadação e fiscalização de tributos e contribuições previdenciárias, controle interno, Procuradoria da Fazenda Nacional e Ministério Público, como os de natureza estatutária. Todos os demais vínculos eram contratuais. A Emenda nº 18 afastou os militares do tratamento geral que tinham com os demais servidores, e a Emen-

da nº 19 rompeu com a previsão da unidade dos regimes jurídicos por pessoa política. As Emendas nºs 20 e – sobretudo – 41, no afã de modificarem essa situação de excessivo ônus decorrente do regime previdenciário estatutário, só pouparam, inicialmente, os pensionistas dos militares federais e, com a nova redação do art. 42, § 2º, da CF, dada pela EC nº 41/2003, possibilitaram que assim também se procedesse em relação às pensionistas dos militares estaduais, desde que com autorização de lei estadual.

Diversamente do que ocorre com as aposentadorias, no que respeita às *pensões*, a EC nº 41 apenas assegurou a sistemática anteriormente existente, no tocante aos benefícios pertinentes a fatos geradores ocorridos antes da vigência dela. A EC nº 41/2003 incluiu nas regras gerais para concessão todo o conjunto de pensões decorrentes de vínculos estatutários. Foram excepcionados apenas, repita-se, os pensionistas dos militares estaduais e do Distrito Federal, que podem ter regime diferenciado, a depender de lei do respectivo ente político, tal como ocorre em relação aos pensionistas dos militares federais, amparados por legislação que lhes é mais benéfica.⁸

A norma básica matriz, em relação ao novo regime de pensões, é a do art. 40, § 7º, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 41/2003, que estabelece:

Art. 40. Omissis

§ 7º. *Lei* disporá sobre a concessão do benefício de **pensão por morte**, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art.201, **acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite**, caso aposentado á data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do ser-

⁸ CF/88: Art. 42 (...).

Parágrafo 2º. **Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.**

vidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art.201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

§ 8º.É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

A EC nº 41/2003 rompeu com dois princípios que tinham passado a nortear as pensões, tal como ocorreu com as aposentadorias, com a entrada em vigor da CF/88, que eram os da INTEGRALIDADE e da PARIDADE. A referida emenda constitucional não adotou por sistema de cotas, como forma de redução dos gastos com as futuras pensões, preferindo fixar um patamar básico que foi o teto do regime geral da previdência social e, em relação ao excedente, estabelecer que a parcela da pensão corresponderia a setenta por cento. Observe-se o exemplo. Admitindo que, em janeiro de 2005, o teto dos benefícios do RGPS seja de R\$ 3.000,00 e faleça um Magistrado que tenha remuneração de R\$ **12.000,00**, o valor da pensão será de R\$ 3.000,00 + 70% de R\$ 9.000,00 (R\$ 6.300,00), totalizando R\$ **9.300,00**. Quanto maior a remuneração ou os proventos do servidor falecido, maior será a redução proporcional. Embora esteja sendo objeto de críticas, explica-se o dispositivo sob o argumento de que, com o falecimento do servidor, as despesas do grupo familiar se reduzem. A justificativa é aceitável em momento no qual se necessita reduzir o valor dos benefícios previdenciários para equilibrar o sistema. Lamentável, entretanto, que essa preocupação não tenha ocorrido, quando preservaram abusivamente privilégios de outros conjuntos de pensionistas (os dos militares federais, estendendo a possibilidade de tal diferenciação aos pensionistas dos militares dos Estados e Distrito Federal).

O dispositivo, entretanto, que põe em maior risco os valores dos benefícios dos pensionistas é o § 8º, do art. 40, acima transcrito. Observe-se que a redação, a ele dada pela EC nº 41/2003, torna-o **idêntico** ao § 4º, do art. 201, da CF/88, que disciplina o

mesmo direito em relação aos beneficiários do RGPS⁹. É público e notório que o dispositivo do art. 201 da Constituição não tem, efetivamente, evitado para os beneficiários do RGPS o sofrimento decorrente da gradativa corrosão dos proventos e pensões frente à perda do valor da moeda.¹⁰ Verifica-se a aplicação da idéia de progressiva convergência de regimes jurídicos, e a previsão de idêntico índice de correção para as pensões estatutárias pós-emen- da e para as aposentadorias estatutárias referentes a servidores que preencherem os requisitos após sua edição é uma das facetas mais evidentes daquele propósito, reconhecida expressamente no item 8, da Exposição de Motivos da MP nº 167/2003, indo ao encontro “do objetivo de maior aproximação entre os diferentes regimes da previdência social”¹¹ Paulatinamente se chegará, como ocorreu no passado, a benefícios estatutários de valores muito distantes das remunerações percebidas pelos servidores quando em atividade. Não se olvide que, com o novo sistema, com exceção daqueles já com direito adquirido por implemento de condições anteriormente à edição da EC nº 41, não serão aplicáveis aos pensionistas, por exemplo, valores correspondentes às gratificações que venham a ser instituídas para os servidores em atividade. Ou seja, haverá a total desvinculação quanto a reajustes e revisões dos benefícios de pensão que venham a ser instituídos em decorrência de fatos geradores posteriores àquela EC, em relação a futuras revisões e novas vantagens que venham a ser concedidas aos servidores ativos.

Outra relevante divisa, no tocante às revisões das pensões

⁹ CF/88, Art.201. (...)

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

¹⁰ A jurisprudência, ao pacificar-se no sentido que “ao garantir a manutenção do valor real do benefício, a Constituição Federal de 1988 não elege nenhum índice de correção monetária específico, remetendo à legislação ordinária” (dentre outros, AC 97.04.13348-0-PR, TRF 4ª região), possibilitou, indiretamente, o surgimento de índices cada vez mais modestos, ampliando o número de benefícios do RGPS tendentes ao SMR.

¹¹ Exposição de Motivos da MP nº 167/2004, firmada pelos Ministros Amir Lando, da Previdência Social, e Nelson Machado, do Planejamento.

estatutárias, será o limite de comprometimento em relação à receita corrente líquida, já destacado na Lei de Responsabilidade Fiscal, na Lei nº 9.717/98 e na própria MP regulamentadora.

A EC nº 41 foi objeto de regulamentação pela MP nº 167/2004, cujo texto foi mantido quase que integralmente pelo Congresso Nacional.¹²

Outro aspecto polêmico da EC nº 41 é a pretensão de cobrança de contribuições previdenciárias dos pensionistas e para os aposentados, inclusive por invalidez decorrente de doença grave, mesmo as que geram isenção de imposto de renda pessoa física. A matéria é complexa. A inconstitucionalidade é alegada sob vários fundamentos em inúmeras ações que tramitam pelas várias instâncias do Judiciário. Dentre outras, cite-se a ADIn nº 3.105-8, com parecer favorável ao reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República. Não se abordará essa matéria, que, por si só, ensejaria um trabalho específico, mas, saliente-se que a cobrança agride, pelo menos, a dois princípios constitucionais, que são o da razoabilidade e o da isonomia.

Pode-se afirmar, pois, que as principais e mais graves alterações, em relação ao novo regime constitucional das pensões estatutárias, são:

- a) perda da integralidade;
- b) supressão da paridade;
- c) remessa para o regime de reajuste do RGPS;
- d) cobrança de contribuições;
- e) alongamento do número de salários de contribuição do instituidor, com redução do salário de benefício;

Indubitavelmente, devem-se acautelar os servidores, procurando aderir a planos de previdência privados para assegurar melhor sobrevida a seus pensionistas.

¹² Vide texto ao final (adendo).

ADENDO

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 167, DE 19 DE FEVEREIRO 2004.

Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.783, de 28 de janeiro de 1999, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados, mês a mês, de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral da previdência social.

§ 2º Na hipótese da não-instituição de contribuição para o regime próprio durante o período referido no **caput**, considerar-se-á, como base de cálculo dos proventos, a remuneração do servidor no cargo efetivo no mesmo período.

§ 3º Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes

de previdência aos quais o servidor esteve vinculado.

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria não poderão ser:

I - inferiores ao valor do salário mínimo;

II - superiores aos valores dos limites máximos de remuneração no serviço público do respectivo ente; ou

III - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o **caput**, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Art. 2º Aos dependentes dos servidores titulares de cargo efetivo e dos aposentados de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, falecidos a partir da data de publicação desta Medida Provisória, será concedido o benefício de pensão por morte, que será igual:

I - à totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite; ou

II - à totalidade da remuneração de contribuição percebida pelo servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite.

Art. 3º Para os fins do disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que mantenham regime próprio de previdência social de que trata o art. 40 da Constituição, manterão sistema integrado de dados relativos às remunerações, proventos e pensões pagos aos respectivos servidores e militares, ativos e inativos e pensionistas, na forma do regulamento.

Art. 4º A Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de cálculo e percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo;

XI - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de cálculo e percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho ou do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

.....” (NR)

“Art. 2º A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos respectivos regimes próprios de previdência social não poderá ser inferior ao valor da contribuição do segurado nem superior ao dobro desta contribuição.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios encaminharão ao Ministério da Previdência Social demonstrativo das receitas e despesas do respectivo regime próprio, correspondente a cada bimestre, até trinta dias após o seu encerramento, na forma do regulamento.” (NR)

Art. 5º A Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art.1º- A. A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens;

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização de transporte;

IV - o salário-família;

V - o auxílio-alimentação;

VI - o auxílio-creche; e

VII - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

§ 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição da parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou função de confiança para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do citado artigo.” (NR)

“Art. 3º-A. Os aposentados e pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, contribuirão com onze por cen-

to, incidente sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadorias e pensões concedidas de acordo com os critérios estabelecidos no art. 40 da Constituição e pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.” (NR)

“Art. 3º-B. Os aposentados e pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo desses benefícios na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, contribuirão com onze por cento incidente sobre a parcela dos proventos de aposentadorias e pensões que supere sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

Parágrafo único. A contribuição de que trata o **caput** incidirá sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas aos servidores e seus dependentes que tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios com base nos critérios da legislação vigente até 31 de dezembro de 2003.” (NR)

“Art. 4º-A. O servidor ocupante de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea “a” do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição, no § 5º do art. 2º ou no § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e que opte por permanecer em atividade fará jus a abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição.” (NR)

“Art. 5º-A. A contribuição da União para o custeio do regime de previdência, de que trata o art. 40 da Constituição, será de vinte e dois por cento, inci-

dente sobre a mesma base de cálculo das contribuições dos respectivos servidores ativos e inativos e pensionistas, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica.

Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.”(NR)

Art. 6º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 29-B. Os salários-de-contribuição considerados no cálculo do valor do benefício serão corrigidos, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.” (NR)

Art. 7º O **caput** do art. 11 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 11. As deduções relativas às contribuições para entidades de previdência privada, a que se refere a alínea “e” do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e às contribuições para o Fundo de Aposentadoria Programada Individual - FAPI, a que se refere a Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997, cujo ônus seja da própria pessoa física, ficam condicionadas ao recolhimento, também, de contribuições para o Regime Geral de Previdência Social ou, quando for o caso, para regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, observada a contribuição mínima, e limitadas a doze por cento do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos.” (NR).

Art. 8º As contribuições a que se referem os arts. 1º-A, 3º-A e

3º-B da Lei nº 9.783, de 1999, serão exigíveis após decorridos noventa dias da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 1º Decorrido o prazo estabelecido no **caput**, os servidores abrangidos pela isenção de contribuição referida no § 1º do art. 3º e no § 5º do art. 8º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, passarão a recolher contribuição previdenciária correspondente, fazendo jus ao abono a que se refere o art. 4º-A da Lei nº 9.783, de 1999.

§ 2º A contribuição de que trata o art. 1º da Lei nº 9.783, de 1999, fica mantida até o início do recolhimento da contribuição a que se refere o **caput**, para os servidores ativos.

Art. 9º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. Ficam revogados os §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 2º e o art. 2º-A da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, os arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, e o art. 8º da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, na parte em que dá nova redação ao inciso X do art. 1º, ao art. 2º e ao art. 2º-A da Lei nº 9.717, de 1998.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004; 183ª da Independência e 116ª da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Nelson Machado

Amir Lando

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO

José Baptista de Almeida Filho*

SINOPSE: 1. Intróito ao tema. – 2. Exceções ao princípio do prévio contraditório. – 3. Evolução dos embargos de declaração no Direito nacional. – 4. Os embargos declaratórios na prática forense. Exemplos de efeito modificativo. – 5. Paradigmas jurisprudenciais. – 6. Conclusão.

1. INTRÓITO AO TEMA

Sabe-se que, em Direito, mais importantes do que as regras são os princípios e que aquelas devem ser interpretadas sempre de acordo, e jamais contra estes.

Se até nos direitos e garantias expressos na Constituição não deve o exegeta excluir os princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), o que dizer das regras infraconstitucionais cujo fundamento nestes repousa?

Tal enfoque tem a sua manifestação apropriada no processo, leito jurídico onde se ganha ou se perde o direito posto à sujeição da jurisdição estatal, quando esta própria se desvia dos princípios que lhe cumpria aplicar.

Por isso mesmo, o sábio constituinte insculpiu as normas-princípios que se lêem nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição como essenciais à regência do processo, decorrendo daí, como consequência inarredável, eivar-se de nulidade qualquer ato processual que as contrariar.

Nesse contexto, a expressão *audiatur altera pars* (ouça-se a

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

outra parte), que traduz o princípio do contraditório, constitui a própria essência do processo.

Segundo expõe o filósofo holandês BARUCH DE SPINOZA, a essência é o que – presente – faz com que a coisa seja necessariamente estabelecida e – ausente – suprime necessariamente a coisa.

Estabelecido, constitucionalmente, o contraditório como necessário ao processo, segue ser tal princípio da essência deste, de modo que a sua eventual supressão descaracteriza o ato como processual, nulificando-o como tal.

Partindo da definição de atos processuais como aqueles “previstos em lei para a movimentação do processo” (LEIB SOIBELMAN), aventar-se-á, com razão, não ser todo ato processual que deve albergar aquele princípio.

Contudo as exceções à regra, aqui, mais precisamente, ao princípio do contraditório, devem ter justificação em um outro princípio, o que indubitavelmente não acontece no processamento unilateral dos embargos de declaração com efeito modificativo, que assim prefiro denominar a embargos de declaração de efeitos infringentes, como, alhures, são também chamados, para não confundir-los com os embargos infringentes propriamente ditos, que é outra espécie recursal estranha ao contexto deste artigo.

2. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO

A concessão judicial de liminares *inaudita altera pars* constitui exceção ao prévio contraditório no processo por, diante de situações excepcionais de periclitacão de direito plausível, ceder aquele princípio, em termos prioritários, aos princípios da razoabilidade, da efetividade e do devido processo legal. Ainda assim, quer a medida liminar cautelar, quer a antecipatória dos efeitos da tutela final, não devem ser, respectivamente, nem satisfativa, nem irreversível, justo a fim de ressaltarem o contraditório ulterior.

Também não atentam contra o contraditório e justificam-se pelos princípios da celeridade, da economia e da certeza jurídica, as correções judiciais de erros materiais ou de cálculos, pois tratam-se apenas de consertos de equívocos evidentes na decisão,

os quais não a modificam, ao contrário do que ocorreria se eles persistissem.

O mesmo se há de dizer, ainda, quanto aos embargos de declaração utilizados apenas para aclarar, acertar ou completar a decisão obscura, contraditória ou omissa, sem modificar o julgamento da questão e, por isso, identificados como de efeito integrativo da decisão.

Inteiramente diversa é a situação dos embargos de declaração com efeito modificativo, cuja plausibilidade de alterar o julgamento impugnado, sem o prévio e devido contraditório, não se justifica em nenhum princípio e não se compadece com os de ampla defesa e do devido processo legal.

A singela aplicação do mesmo procedimento unívoco aos embargos de declaração de efeito integrativo e aos embargos de declaração de efeito modificativo implica em não distinguir o intérprete situações distintas, sem a necessária evolução na exegese desse recurso.

3. EVOLUÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO DIREITO NACIONAL

De início, durante o período colonial, esses embargos resolviam-se precisamente na declaração do julgado, conforme enunciavam as Ordenações Filipinas, então vigentes: *“Porém, se o julgador der alguma sentença definitiva, que tenha em si algumas escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; porque outorgado é por Direito ao julgador, que possa declarar e interpretar qualquer sentença por ele dada, ainda que seja definitiva, se duvidosa for”* (Livro III, Título LXVI, 6), a propósito, anotando CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA: *“...segundo o Assento de 1º de março de 1783, em interpretação ao texto transcrito, declarou-se que era sempre irrevogável a sentença definitiva depois de publicada”* (Código Filipino, pág. 669, nota 8).

Não se cuidava, então, de recurso, mas de incidente processual com finalidade corretiva restrita à mera interpretação do julgado pelo órgão prolator.

Com o advento da República, passou a ser arrolado como recurso pela maioria das codificações estaduais (ressalvados os

Códigos de São Paulo e do Rio Grande do Sul), conservando essa natureza quando a legislação processual passou a ser federal, conforme o artigo 808, V, do Código de Processo Civil expedido pelo Decreto-Lei nº 1608, de 18.09.1939 e, também, no Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5869, de 11.01.1973 (art. 496, IV) e, então, toda controvérsia que se tem notícia girava sobre a sua natureza de ser, ou não, recurso, malgrado a reiterada positivação.

É que, como noticia JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “*os remédios análogos, nas legislações estrangeiras, em geral ficam fora do elenco dos recursos*” (Comentários ao Código de Processo Civil, pág. 419).

Curioso assinalar que, nada obstante não possuir natureza recursal na maioria das legislações estrangeiras, ao contrário do que ocorre aqui, a matéria objeto de declaração não refoge, ali, do necessário contraditório entre as partes do processo.

Na Itália, por exemplo, referindo-se ao disposto nos artigos 287 e 288 do CODICE DI PROCEDURA CIVILE, resenha J.M.OTHON SIDOU “*que a sentença a respeito da qual não tenha sido proposta apelação, pode ser corrigida, a pedido da parte ou por iniciativa do próprio juiz, quando esse incorrer em omissão ou em erro material ou de cálculo. **Se todas as partes concordarem, o julgador providencia mediante despacho. Se o pedido de correção for feito apenas por uma parte, a outra é notificada para comparecer à audiência na qual a matéria deverá ser decidida***” (Processo Civil Comparado, p. 318/319 – sem os grifos).

Entretanto os conspícuos juristas brasileiros que dissentiam sobre a natureza recursal dos embargos, mesmo admitindo a possibilidade de efeito modificativo, jamais controverteram sobre a necessidade, neste caso, da instalação do contraditório.

O Código de 1973, ainda em vigor, em sua redação original, disciplinava os embargos de declaração diversamente, conforme interpostos perante o juiz de 1º ou de 2º grau, inclusive, com prazos diversos (dois dias e cinco dias, respectivamente), inserindo os primeiros sob o Título VIII (Do procedimento ordinário) e só os segundos no Título X (Dos recursos), o que levou juristas de escol, como o eminente professor PINTO FERREIRA a afirmarem

que, na primeira instância constituem-se os embargos de declaração procedimento incidental, e não recurso (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 30, pág. 489) e a ironizarem, como o não menos ilustre SÉRGIO BERMUDES: “*Pena que não se possam opor embargos de declaração para que o legislador declare qual a natureza dos embargos, neste Código...*” (idem, pág. 495, citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI). Mas o que merece ser assinalado neste esboço evolutivo dos embargos declaratórios é que, então, em qualquer caso, o recurso não interrompia, mas apenas suspendia o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes (parágrafo único do artigo 465), o que, no caso de terem efeito modificativo e não serem, como não costumavam e ainda não costumam ser submetidos ao contraditório entre as partes, só beneficiava ao embargante, pois o embargado, ainda que de vencedor na decisão impugnada, passasse a sucumbente na decisão dos embargos, só então surgindo o seu interesse de recorrer, não contava para isso com o prazo integral, mas somente com o que sobejasse do prazo utilizado pelo embargante para a oposição dos embargos.

Com a edição da Lei nº 8950/94, apesar de unificados os tratamentos, antes diversos, do recurso em 1º e em 2º grau e corrigida a suspensão por interrupção, persistiu-se no descuido, aliás, menos de *lege ferenda*, do que de interpretação, de não submeter o recurso ao devido contraditório nas hipóteses em que possa gerar o efeito modificativo da decisão impugnada.

4. OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA PRÁTICA FORENSE. EXEMPLOS DE EFEITO MODIFICATIVO

Na prática forense, os embargos de declaração ajuizados, em sua maioria, ou não são conhecidos, ou não são providos, e são propostos, quase sempre, pela parte vencida na decisão impugnada que, quase nunca, deixa de formular pedido expresso de efeito modificativo; freqüentemente procrastinatórios, rarissimamente são assim declarados pelos órgãos julgadores com a aparente complacência da parte embargada que não usa embargar tais omissões para a percepção da multa legalmente devida.

Todavia, nos casos em que conhecidos e providos, sobretudo quando suprem omissões, dificilmente deixam de modificar a de-

cisão impugnada, provocando, em casos tais, surpresa à parte embargada, que não fora previamente notificada para contra-arrazoar a pretensão do embargante e que, por isso, sói ficar desarvoada da necessária segurança jurídica.

Imagine-se um caso em que sentença proferida deixe de analisar a prescrição da ação, alegada à contestação, julgando procedente o pedido do autor. Opostos os Embargos de Declaração (obviamente pelo réu), o juiz, ao reapreciar o processo, certo, ou erroneamente, reconhece a omissão e pronuncia a prescrição, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Apesar do provimento dos embargos de declaração para suprir omissão provoque, o mais das vezes, a modificação do julgado, não é somente em tal hipótese que resta agravada a situação processual da parte embargada, pois, embora com menor frequência, pode também ocorrer em casos de contradição na decisão impugnada. Suponha-se – *ad exemplum* – que se dê a contradição entre os fundamentos e o dispositivo da decisão, que aqueles, logicamente, conduziam à procedência da ação e neste conste, por equívoco, a improcedência.

Dada a curiosidade, colho este outro exemplo da lavra do emérito JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “*em se tratando de anulação de ato jurídico, pleiteada por três diversas causas petendi, cada um dos três votantes, no tribunal, acolhia o pedido por um único fundamento, mas rejeitava-o quanto aos demais: o verdadeiro resultado é o de improcedência, pois cada qual das três ações cumuladas fora repelida por dois votos contra um; se, por equívoco, proclamar-se decretada a anulação, e assim constar do acórdão, o engano será corrigível por embargos declaratórios*” (Novo Processo Civil Brasileiro, pág. 181).

Só excepcionalmente ocorrerá a modificação de decisão cujo defeito seja a obscuridade, posto que, em tal hipótese, restringir-se-á a decisão dos embargos de declaração a esclarecer o ponto obscuro. Todavia, aventa RODRIGO OTÁVIO BARIONI o exemplo do vício apontado “*tornar a decisão absolutamente ininteligível*” e ambígua ao ponto de “*não se poder dizer com certeza que o pronunciamento feito por ocasião dos embargos seja coincidente com o anterior, admitindo-se, por esse motivo, que seja inovação em*

relação ao pronunciamento original” (Revista de Processo nº 105, pág. 329). Não há dúvida que o feliz exemplo é de efeito modificativo da decisão impugnada e que uma, ou até ambas as partes do processo podem, equivocadamente (a depender da incongruência da decisão), restarem convictas de que ganharam a ação e o esclarecimento dos embargos desfazer-lhes a ilusão, com inevitável prejuízo para uma delas.

Aliás, o fato, por si só, da decisão ser embargada de declaração já induz à presunção de cometimento de equívocos pelo juízo prolator (salvo se o recurso for protelatório). Ora, sendo tal juízo o mesmo ao qual compete julgar os Embargos, nada garante que o segundo julgamento seja mais correto do que o primeiro, máxime porque, ao contrário deste, costuma ser proferido sem ouvir as razões da outra parte.

5. PARADIGMAS JURISPRUDENCIAIS

Aqui, neste Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tenho sido voto vencido e solitário na questão, inclusive em processo penal, onde são mais graves as conseqüências, mas tenho muito respeito pela posição de meus ilustres pares que, afinal, está de acordo com secular tradição.

Contudo, já é firme na jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, guardião da Constituição, a necessidade de observância do contraditório quando os embargos de declaração possuem efeito modificativo, qual demonstro, por amostragem, com estes exemplos colhidos à jurisprudência de suas ambas Colendas Turmas:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8950/94 – IMPUGNAÇÃO A ACÓRDÃO QUE CONHECEU E DEU PROVIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO EXTREMO FEITA PELO EMBARGANTE – **EFEITO MODIFICATIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA PARTE EMBARGADA (CF, ART. 5º, LV)** – EXTEMPORANEIDADE NÃO CARACTERIZADA – EMBARGOS REJEITADOS.

- **A garantia constitucional do contraditório im-**

põe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo.

- *Omissis.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Primeira Turma**, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por votação unânime**, em julgar rejeitados os embargos de declaração”.

(Grifei, Rel. Ministro CELSO MELLO, EDRE nº 144.981-4 - RJ).

“EMENTA: Constitucional. Processual. **Julgamento de embargos declaratórios com efeitos modificativos sem a manifestação da parte embargada. Ofensa ao princípio do contraditório. Precedente (250936).** Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por unanimidade**, em negar provimento ao agravo regimental”.

(Grifei, Rel. Ministro NELSON JOBIM – AGRG no AI nº 327.728-6 - SP)

Na mesma linha, já pontifica a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, como nestes expressivos exemplos da Segunda e da Quinta Turmas:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS LIMITAÇÃO DA LEI Nº 8.981/95 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EFEITOS – MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA.

1. A jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos declaratórios, quando evidenciados

erro material, omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, suficientes à modificação do entendimento judicial sobre a matéria controvertida, desde que observado o princípio do contraditório.

2. *Omissis.*

3. *Omissis.*

4. *Omissis.*

5. *Omissis.*

6. *Omissis.*

7. *Omissis.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade**, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Ministros FRANCIULLI NETTO e FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro CASTRO FILHO”.

(Sem os grifos - Relatora Ministra ELIANA CALMON – Recurso Especial nº 255.486-RS)

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. VÍCIO SANÁVEL. ART. 13 DO CPC. REQUISITOS. ART. 535 DO CPC. PRETENZA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. EXCEPCIONALIDADE.

I. Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, rejeitam-se os declaratórios. **A concessão dos chamados efeitos infringentes somente se verifica em casos excepcionalíssimos, desde que observado o princípio do contraditório.**

II. *Omissis.*

III. Omissis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: a Turma, **por unanimidade**, rejeitou os embargos – Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Relator”.

(Sem os grifos – Rel. Ministro GILSON DIPP – EDEL no R.O. em MS nº 12641-PA).

Conhecidas as posições das Cortes Superiores, é de bom alvitre que as próprias partes suscitem o contraditório aos tribunais *a quo*, quando o escopo dos embargos for pré-questionar matéria constitucional ou federal para ensejo dos eventuais recursos Especial ou Extraordinário.

Não pesquisei à jurisprudência pertinente, nem nos demais Tribunais Regionais Federais, nem nos Tribunais de Justiça estaduais.

6. CONCLUSÃO

Inseparável do princípio da igualdade das partes no processo, o princípio do contraditório, na singela e sempre lembrada definição de MENDES DE ALMEIDA consiste na “*expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e na possibilidade de contrariá-los*”, constituindo, na atualidade, ou seja, desde 05 de outubro de 1988, com a instalação da nova ordem jurídica, direito constitucional processual, a teor do artigo 5º, LV da Carta da República.

Com efeito, nas ordens jurídicas anteriores e ao tempo da promulgação do Código de Processo Civil em vigor, o contraditório já era aplicado ao processo, mas não por exigência constitucional, como atualmente.

Segue que, ainda que o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal – *ad argumentandum tantum* – no procedimento dos embargos de declaração dispensassem expressamente a oitiva da parte embargada, o que – a bem da verdade – jamais dispensaram, seria a hipotética norma inconstitucional nas hipóteses

de modificação do julgado impugnado, a teor do dispositivo constitucional supra-invocado.

Afinal, se nos embargos de declaração com efeito modificativo não há contraditório, também não há defesa, nem muito menos ampla defesa e, sem defesa, nem contraditório, não condiz a modificação introduzida no processo com o devido processo legal.

A AUDIÊNCIA PRELIMINAR E A SEQUÊNCIA DO PROCESSO

Napoleão Nunes Maia Filho*

SUMÁRIO: 1. O perfil processual da audiência preliminar. 2. Os conteúdos e a condução da audiência preliminar. 2.1 - A tarefa judicial de conciliação das partes. 2.2 - A atividade judicial de saneamento do processo. 2.2.1 - A fixação dos pontos controvertidos. 2.2.2 - A resolução das questões processuais pendentes. 2.2.3 - A determinação das provas a produzir. 2.2.4 - A designação de audiência instrutória. Bibliografia.

1. O PERFIL PROCESSUAL DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

O histórico da atualmente denominada *audiência preliminar*, com a previsão de um *ato judicial de saneamento* (art. 331 do CPC), revela que esse importante instituto processual tem as suas raízes mais próximas no CPC de 1939, em cujo sistema o Juiz emitia um *despacho saneador* (art. 293 do CPC/39), com a multifunção de (a) *decidir sobre a legitimidade das partes*, (b) *abrir o contraditório*, (c) *verificar a presença de interesse econômico ou moral na demanda*, (d) *pronunciar as nulidades insanáveis e suprir as sanáveis e*, finalmente, (e) *determinar as diligências probatórias* (art. 294, I a V do CPC/39).

Contudo, no que respeita ao saneamento, a idéia é muito mais antiga, remontando às famosas Ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram do século XV ao século XIX - *as Afonsinas, que vigoraram naquele País de 1446 a 1521, as Manuelinas, de 1521 a*

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Professor de Processo Civil na Faculdade de Direito do Recife/UFPE.

1603, e as Filipinas, de 1603 a 1868 - que eram compilações de leis civis, penais, processuais e eclesiásticas; no Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram até 31.12.1916, eis que, em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua.

Tudo leva a crer que a adoção de um *ato judicial de saneamento do processo* tenha se originado da preocupação dos agentes judiciários com o cometimento de erros que pudessem acarretar a *nulidade dos feitos* e, ao mesmo passo, *atrair contra os seus cometedores as sanções dos seus superiores hierárquicos*, conforme registra o Professor FLÁVIO PANCARO DA SILVA (O Saneamento do Processo, *in* Saneamento do Processo, Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda, Fabris, 1989, p. 216).

Com efeito, a Portaria Ministerial passada pelo Procurador Régio do Reino de Portugal, no remoto ano de 1840, já preconizava a necessidade de se evitar que os processos se apresentassem com erros e irregularidades, inclusive prevendo a aplicação de penalidades aos agentes culpados:

“Constando que nos processos que sobem aos Tribunaes de segunda Instância se encontram gravissimas omissões e irregularidades, algumas das quaes poderiam ter-se evitado, ou ser supprimidas a tempo, se nas primeiras Instancias o Ministério Público, que é o fiscal da boa execução das Leis, se houvesse com maior cuidado, para de tamanho desleixo não resultar, como acontece, que avultado numero de feitos, já quasi concluidos, voltam ao princípio com grande prejuízo das Partes, augmento de trabalho, offensa da administração da Justiça: Manda a RAINHA, pela Secretaria de Estado dos Negócios Ecclesiásticos e de Justiça, que o Conselheiro Procurador Geral da Corôa passe as mais terminantes ordens para que os Magistrados do Ministério Público em cada uma das Relações tomem lembrança das irregularidades e omissões, que descobrirem pelo exame dos processos, para que o Procurador Régio no fim de cada mez dirija aos Agentes seus subordinados, que as não tiverem preve-

nindo ou emendado, a competente admoestação ou censura, a fim de que mais se não repitam semelhantes faltas; e para que nos casos em que por ellas a Lei impozer multa, a promova efficazmente contra o que se achar incurso; dando opportunamente parte dos que por seus descuidos e negligencias se mostrarem inhabeis ou incapazes de servir; e fazendo por essa occasião constar a todos que só pelo perfeito e cabal desempenho de seus deveres podem esperar ser attendidos segundo as informações de seus superiores, com o despacho a que por Lei tiverem direito. Palácio das Necessidades, em 1º de dezembro de 1840. Antonio Bernardo da Costa Cabral”.

Já no que respeita à *conciliação das partes*, tarefa igualmente incluída na atual *audiência preliminar* do art. 331 do CPC, também se trata de previsão bem antiga, *embora o CPC de 1939 e o CPC de 1973 (redação originária) não a tivessem previsto expressamente*; porém, no famigerado Regulamento 737, de 26.11.1850, se previa a conciliação das partes da seguinte forma, *inclusive como requisito de acesso à jurisdição*, assim a disciplinando:

“Art. 23 - Nenhuma causa commercial será proposta em juízo contencioso sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceptuam-se:

Parág. 1º - As causas procedentes de papeis de credito commerciaes que se acharem endossados (art. 23 do titulo único, Codigo).

Parág. 2º - As causas em que as partes não podem transigir (cit. art. 23), como os curadores fiscaes dos fallidos durante o processo da declaração de quebra (art. 838, Codigo), os administradores dos negociantes fallidos (art. 856, Codigo) ou fallecidos (art. 309 e 310, Codigo), os procuradores publicos, tutores, curadores e testamenteiros.

Parág. 3º - Os actos da declaração da quebra (cit. art. 23).

Parág. 4º - As causas arbitraes, as de simples officio do juiz, as execuções comprehendidas, as preferencias e embargos de terceiros; e em geral só é necessaria a conciliação para a acção principal, e não para as preparatorias ou incidentes (Titulo VII).

Art. 24 - Póde intentar-se a conciliação perante qualquer juiz de paz onde o réo fôr encontrado, ainda que não seja na freguezia do seu domicilio”.

Contudo, a previsão legal da conciliação das partes *não se firmou na prática judiciária brasileira*, em virtude, provavelmente, da visão *excessivamente duelista* que os Magistrados sempre tiveram do processo civil, assumindo alguns, no passado, a postura que então se denominou, com inteira propriedade, de *Juiz espectador*, para indicar a sua *indiferença* sobre as atitudes dos litigantes, limitado que estava, a aguardar o momento da sentença, para proferir o seu *veredictum*.

Como se disse, o CPC de 1939 e o CPC de 1973 *não previram a conciliação das partes*, mas logo após a edição do CPC de 1973 (Lei 5.869, de 11.01.73), a Lei 5.925/73 (de 01.10.73) alterou vários dispositivos do Código então recém editado, entre os quais o art. 331, dando outra denominação a esse ato processual, com a adoção da expressão *Do Saneamento do Processo* (em lugar da expressão *Do Despacho Saneador*) e instituindo a *audiência de conciliação*.

Apenas para registro, diga-se que a denominação originariamente posta no CPC de 1973 (*despacho saneador*) terá sido adotada por influência direta do CPC de 1939, receptor de longuíssima tradição, certamente remontante àquela referida Portaria do Procurador Régio, de 1o. de dezembro de 1840; ao que consta, porém, seria o eminente processualista português Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS o verdadeiro teorizador desse instituto, acolhendo daquela *recomendação* do Procurador Régio e inserindo nas leis processuais lusitanas o que então se denominava *Despacho Regulador do Processo*.

A inspiração do autor do CPC de 1973, o Ministro ALFREDO BUZAID, foi, declaradamente, a de melhorar a organização do processo, visando à desejável celerização da marcha dos feitos cí-

veis, com a conseqüente economia de tempo e de recursos materiais, segundo expressou *ao justificar a inovação representada pelo julgamento antecipado da lide* (Exposição de Motivos do CPC, item 19).

Renove-se que a realização obrigatória da *audiência de conciliação* (nova redação do art. 331 do CPC, pela Lei 5.925/73) prestigiava a atividade de pacificação das partes, que viria, nas alterações processuais posteriores, a receber ainda maior valorização; caberia lembrar que *a não realização dessa audiência importava na nulidade do processo, segundo entendimento jurisprudencial que se formou e mesmo se consolidou em torno deste dispositivo*.

A obtenção da conciliação das partes sempre foi um dos anseios mais constantes dos Magistrados e dos estudiosos da Ciência do Processo, por representar a *forma ideal* de composição dos litígios, mediante recíprocas concessões entre os litigantes, proporcionando a sua desejável pacificação do modo certamente mais completo, consistente, seguro e rápido, com evidente proveito para todos.

O objetivo da pacificação das partes, por meio da sua conciliação, já se reconhecia como sendo um dos escopos do processo na redação originária do CPC (art. 125, II), bem como na disciplina específica do procedimento sumaríssimo (art. 277 do CPC), *cabendo se realçar que sempre se deu a maior importância à conciliação das partes no processo, tanto que a sentença homologatória do acordo ostenta o nível de título executivo judicial* (art. 584, III do CPC).

Posteriormente, a Lei 8.932/94 veio a dar ainda maior ênfase ao esforço judicial de conciliação, prevendo que o Juiz a deve perseguir sempre e tentar a sua realização *a qualquer tempo* (art. 125, IV do CPC), *mas se entendendo que esse esforço se prolonga somente até o momento da prolação da sentença de primeiro grau, não se espraiando às instâncias recursais de segundo grau*.

A visão das possibilidades conciliatórias limitadas ao juízo plural parece excluir a alternativa do acordo entre as partes, quando a causa se encontrar no segundo grau de jurisdição, *mas essa seria uma perspectiva equivocada, pois nada impede que, mesmo depois da sentença, possam os litigantes celebrar acordo, tanto*

para abreviar a fruição de direitos, como para evitar a continuidade de gastos de monta.

Feitas essas achegas, diga-se que, com a edição da Lei 10.444/02, voltou o legislador a se ocupar da audiência inicial do processo, dando-lhe a denominação que ora ostenta (*audiência preliminar*), bem como ampliando notavelmente a sua função processual, que se orienta em três direções: (a) oportunizar o primeiro esforço da conciliação; (b) promover o saneamento do processo e (c) organizar a atividade judicial subsequente, orientando-a para os pontos relevantes da disputa e de logo definindo as provas a produzir.

Como se observa, prevê-se que possa o Juiz, por ensejo da audiência preliminar, atuar de forma muito mais eficiente e construtiva, indo muito além daquela antiga tentativa de conciliação das partes, que ainda permanece, porém, como um dos seus objetivos essenciais.

De fato, a feição atual da *audiência preliminar* mantém a finalidade de se alcançar a conciliação das partes, quanto ao objeto da demanda (art. 331 do CPC), *mas somente se não incorrer qualquer das hipóteses que autorizam a extinção imediata do processo (arts. 267 e 269 do CPC) ou o julgamento antecipado da lide (art. 330, I e II do CPC), eis que essas possibilidades (a da extinção imediata do feito e a do julgamento antecipado) continuam tendo primazia.*

Mas a *audiência preliminar* não se apresenta como indispensável ou obrigatória, pois somente será levada a efeito *se a causa versar sobre direitos que admitem transação e se superadas a extinção imediata ou o julgamento antecipado da lide*; desta sorte, pode-se afirmar que a obtenção do resultado conciliatório é o objetivo primário desse ato, quando o processo ultrapassa aquelas situações.

Dest' arte, o desenvolvimento da atividade judicial saneadora, seguida da instrução, para o ulterior julgamento da causa, *somente se dará em caso de malogro do esforço pró-conciliação*, daí se ter afirmado que esse seria o objetivo primário da audiência preliminar.

Em princípio, a essa audiência, que se realizará no prazo de 30 dias, as partes *comparecerão pessoalmente*, mas é admitida que se façam representar por procuradores ou prepostos, munidos de poderes expressos para transigir, já que sem essa instrumentação o objetivo da iniciativa restará insuperavelmente comprometido; a prática revela, contudo, que a atuação de prepostos geralmente não enseja resultados exitosos na audiência, pois frequentemente adotam atitudes mais cautelosas, pelo fundado receio de ir além das recomendações do preponente, assim contribuindo para frustração da conciliação.

Outro aspecto importante que também se relaciona com a eficácia da audiência preliminar, exatamente no que pertine à conciliação, diz respeito às ações movidas contra o Poder Público, *onde via de regra a composição do litígio não comporta a solução pelo meio conciliatório*, isso porque os seus procuradores não têm autorização para tal, afirmando-se presos ao que chamam de *princípio da legalidade*, a impedir a atuação funcional mais eficiente, quando diante de situação em que o acordo seria evidentemente vantajoso ao erário.

Esse viés também se manifesta no exercício pletórico da atividade recursal dos procuradores públicos, mais uma vez se produzindo resultados danosos ao erário, bem como à jurisdição, *tudo isso em nome de seus desempenhos funcionais e com o fito de se esquivar de sanções ou punições administrativas*.

Nesses casos, parece ser completamente improfícua a realização da audiência preliminar, tendo em vista a inviabilidade prática da conciliação, de modo que em amor ao princípio da celeridade melhor será que o Juiz não a designe e oriente de logo a marcha do processo para a fase da sua instrução, *se for o caso*, isto é, se não se tratar de matéria predominantemente de direito ou que dispense provas em audiência, casos em que *julgará antecipadamente a lide* (art. 330, I e II do CPC).

2. OS CONTEÚDOS E A CONDUÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

A audiência preliminar tende a realizar pelo menos dois objetivos essenciais, do maior significado e importância para o processo, que devem ser efetivados pelo Juiz, *que são a conciliação das*

partes e o saneamento processual; a conciliação das partes é o maior objetivo do processo e deve ser buscado pelo Juiz até o momento da sentença.

O saneamento processual, que *somente se instaura no caso de malogro da tentativa conciliatória*, compõe-se das seguintes etapas: (a) a fixação dos pontos controvertidos, (b) a decisão das questões processuais pendentes, (c) a determinação das provas a produzir e (d) a designação da audiência de instrução e julgamento.

2.1 - A TAREFA JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO DAS PARTES

Esse é o primeiro e o mais caro dos objetivos do processo, que o Juiz procura efetivar na audiência preliminar, por meio da explicação sumária, *mas completa*, das reais condições da demanda, incentivando as partes à análise da sua futura evolução, *mas sem pressionar qualquer delas no sentido de aceitar ou de rejeitar a oferta ou a possibilidade de acordo.*

Não cabe ao Magistrado, na condução da tentativa de conciliação, *criticar ou rejeitar os seus termos*, salvo se uma das partes estiver em posição de nítida desvantagem em face da outra, hipótese em que o Juiz evitará que exerça a parte mais poderosa alguma forma de hegemonia no acerto conciliatório: advirta-se que não cabe ao Juiz *forçar* o acordo entre as partes e muito menos ameaçar qualquer delas com a continuidade do processo, *como se litigar fosse algo ilícito ou abominável.*

Nesse mister é do maior relevo o preparo pessoal, vocacional e intelectual do Juiz, *além do seu perfeito conhecimento e domínio do direito envolvido na lide*, sem o que o seu esforço conciliatório poderá ficar comprometido nos seus resultados ou ainda fortemente diminuídas as chances de levar a bom termo a iniciativa da conciliação, tão prezável como forma de resolver o litígio.

O eminente Professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA assim se manifesta a propósito do domínio que o Juiz deve ter das condições da ação, ao ensejo da audiência preliminar, dando realce ao aspecto técnico desse importante ato do processo:

Deve-se, porém, observar que a instituição da denominada audiência preliminar, introduzia em nosso direito pela Lei 8.952, de

13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao art. 331 do CPC, poderá contribuir decisivamente para reduzir os inconvenientes atuais de nosso sistema, uma vez que obrigará o Julgador a examinar detidamente a causa antes da realização da audiência preliminar, de modo a poder, nesse momento processual, tomar as decisões que a lei lhe atribui (Curso de Processo Civil, vol. 1, RT, 1998, p. 399).

Diga-se que a postura do Juiz, no ensejo da audiência preliminar, na sua fase de conciliação, deve ser a de um eficiente mediador entre as partes, *evitando a todo custo fazer as vezes de proponentor de condições ou termos do acordo*; não será fácil o desempenho dessa função, se o Juiz não estiver completamente imbuído do seu *papel pacificador*, ou seja, se ainda permanecer aferrado à versão judicial antiga de atuar como *aplicador da lei*.

A atitude de *aplicador da lei* confere ao Juiz uma espécie de resguardo ou imunidade contra ulteriores alegações de sua conduta, relativamente às partes, e lhe dá igualmente um papel de *proeminência pessoal*, por reservar para si mesmo o pronunciamento do veredicto final das suas sortes, assim abrindo um registro que coincide, em muitas situações, *com o autêntico avesso do Juiz pacificador*.

A douta Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI já teve ensejo de sintetizar esse papel fundamental do Juiz, no processo contemporâneo, dizendo o seguinte a respeito da sua função política, no que pertine à pacificação social pela via do processo:

É forçoso reconhecer que a audiência de conciliação resulta na consagração do Juiz como pacificador social, relegando a segundo plano sua função de mero aplicador da lei. A missão de realizar a Justiça, atribuída ao Juiz, traz como requisitos inafastáveis de seu ofício, a necessidade de zelo e dedicação na direção dos processos. E nesse sentido, espera-se do Juiz que, ao se dirigir à audiência de conciliação esteja perfeitamente inteirado do direito que envolve o litígio existente entre as partes (Processo de Conhecimento, RevPro 79, RT, 1995, p. 154).

O douto Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO frisa que

acima dos objetivos específicos da reforma (o ilustre autor se refere à reforma processual) para o de propiciar ao Juiz um razoável contacto com as partes e com a causa, preparando-se para conduzir depois, adequadamente, a instrução processual (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, Malheiros, 2001, p. 559), sendo certo que a aquisição de tais resultados o Julgador a realiza por ocasião da audiência preliminar.

É imperioso que na condução da audiência preliminar o Juiz atente para o *objeto da disputa e também para as circunstâncias peculiares de cada uma das partes*, inclusive as de ordem emocional, respeitando as posturas reivindicantes que nem sempre se compadecem com as possibilidades jurídicas; *o Juiz deve identificar o núcleo do interesse de ambas as partes na disputa e nele concentrar a sua aplicação intelectual prioritária, evitando o que lhe seja accidental ou descartável.*

Pode acontecer que as partes se disponham a chegar a um acordo, mas os seus Advogados eventualmente se postem em adversidade a esse desiderato, *nada impedindo, em tal contexto, que mesmo assim o Juiz promova e homologue a conciliação, já que para tal efeito não é imprescindível a presença dos patronos dos litigantes*, como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 92.478-PR, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJU 20.05.02, p. 142).

Se o Juiz for bem sucedido na função pacificadora e obtiver-se, nesta fase inicial da audiência preliminar, a oportuna conciliação das partes, reduzir-se-á a termo o acordo e o Magistrado o homologará por sentença de mérito (art. 269, III do CPC), que tem a eficácia de título executivo judicial (art. 584, III do CPC), como já foi dito.

Essa sentença de homologação tem natureza de mera ratificação do ato que lhe é anterior, qual seja o ato em que as partes se compõem conciliatoriamente; segundo o infalível magistério do Professor ANTONIO CARLOS COSTA E SILVA, não se trata, a rigor, de sentença, pois não especifica nem veicula, encerrando o processo, um comando legal antes abstrato.

Para esse ilustre e inesquecível Magistrado e Professor da Faculdade de Direito da UFC, *a sentença homologatória não dá,*

nem cria direito novo, por si só, mas, ao ratificar o que as partes intervenientes ajustaram, transforma o ajuste em res inter alios, e nesse passo, sim, criam-se direitos e instituem-se obrigações (Tratado do Processo de Execução, Sugestões Literárias, vol. 2, 1976, p. 42).

Talvez coubesse lembrar que o Juiz que recebe pessoalmente as partes no seu gabinete de trabalho presta à jurisdição pacificadora um contributo de relevo, porque essa *audiência informal* geralmente aumenta a confiança do cidadão no Julgador e alivia a tensão comum no espírito de quem se vê às voltas com uma demanda judicial.

2.2 - A ATIVIDADE JUDICIAL DE SANEAMENTO DO PROCESSO

Relembre-se que o saneamento do processo não é mais entendido como um ato único e formal, mas sim como uma atividade judicial que se desenvolve durante todo o seu trâmite, de forma permanente, *não se limitando a um evento solene e isolado, como a disposição legal parecia sugerir, segundo foi pertinentemente anotado pelo douto Ministro MARCO AURÉLIO MELO (STF-Pleno, ACOr 445-ES, DJU 28.08.98, p. 3).*

A função ou a atividade de saneamento processual, desde os tempos mais antigos, sempre esteve presente no processo, com a prática de *atos preparatórios do julgamento (preparatoria judicii)*, tendo sido desta forma percebida pelo eminente PONTES DE MIRANDA:

“Assim, para que o Juiz chegue a decidir o que incumbe para a realização do exame pericial e para deferir o pedido de provas que se tem de produzir, tem-se de miudear as questões, que o Juiz vai resolver, para, a respeito de cada uma delas, apurar-lhe-se a força ou efeito. Ora tem força ou efeito mandamental, ora não tem; ora tem força ou efeito condenatório, ora não; ora tem força ou efeito executivo, ora não; ora tem força ou efeito de coisa julgada formal e material; ora nem um, nem outro; ora somente formal”. (Comentários ao CPC, vol. IV, Forense, 1982, p. 305).

O saneamento ocorre, por conseguinte, como segunda tarefa do Juiz na audiência preliminar, ou seja, *quando o esforço de conciliação não chegou a êxito feliz*, verificando-se a *necessidade* de prosseguimento do feito, *por não se poder de logo julgar o seu mérito e tudo apontando no rumo de que tal possibilidade emergirá no futuro*, como bem explicita o insigne processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (O Novo Processo Civil Brasileiro, Forense, 1996, p. 61).

Na verdade, vencida (sem sucesso) a etapa primeira da audiência preliminar (o esforço conciliatório), poderá o Juiz convencer-se de que o processo *comporta a sua extinção imediata* ou que será inútil ou frustrado o trabalho de seu desenvolvimento, não se mostrando justificável prosseguir no feito, à falta de quaisquer dos seus elementos essenciais; *nessas hipóteses, declarará a extinção do processo, com ou sem apreciação do seu mérito* (arts. 267, I a XI e 269, II a V do CPC), *ou o julgará antecipadamente* (art. 330, I do CPC); somente não ocorrer alguma dessas situações, é que se promoverá o ato de saneamento (art. 331, parág. 3o. do CPC).

Porém, como já assinalado, a atividade judicial de saneamento não se limita a esse momento do processo, mas se expande de *forma difusa* durante todo o seu percurso, como registra com inteira pertinência o eminente Professor JOEL DIAS FILGUEIRA JÚNIOR (Comentários ao CPC, vol. 4, tomo 2, RT, 2001, p. 460).

O saneamento que o Juiz pratica nesse momento da audiência preliminar abrange os seguintes aspectos: (a) a fixação dos pontos controvertidos; (b) a decisão das questões processuais pendentes; (c) a determinação das provas a serem produzidas e (d) a designação de audiência de instrução e julgamento, se esse ato ulterior for necessário (arts. 331 e 451 do CPC); seria razoável que a primeira tarefa dessa fase da audiência preliminar fosse a da decisão das questões formais pendentes, passando-se, após, à da fixação dos pontos controversos, mas é comum que se observe a *seqüência* em que tais atividades estão enunciadas no referido art. 331 do CPC.

2.2.1 - A FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

Devem ser entendidos como *pontos controvertidos* aqueles

sobre os quais se estabeleceu a disputa entre as partes, sendo que a maioria (senão mesmo a unanimidade) da doutrina jurídica os relaciona com *questões puramente fácticas*; nesse sentido, serão tidos como controversos *os fatos* que servem de suporte às razões ou às argumentações das partes, *embora não se possa esquecer que as questões de direito também veiculam pontos de dissenso*.

Porém, os dissensos essencialmente de direito são resolvidos sem a necessidade de audiência, eis que comportam eles o julgamento antecipado (art. 330, I do CPC), *não se realizando nem mesmo a tentativa de conciliação*; mas talvez não seja de todo recomendável excluir a audiência preliminar nas lides que *não envolvem controvérsias fácticas*, pois nelas também seria desejável a solução conciliatória, como o é nos demais outros processos.

Alguns autores renomados entendem que o momento da fixação dos pontos controvertidos, na audiência preliminar, é único e irrepetível no curso do processo, de modo que se fecha, pelo instituto da preclusão, a oportunidade processual da sua prática, como explana, por exemplo, o Professor LUIZ GUILHERME MARINONI, afirmando que, se assim não fosse, *de nada adiantaria estabelecer um momento para a fixação dos pontos controvertidos* (Manual do Processo de Conhecimento, RT, 2001, p. 272).

A assertiva do mestre paranaense só é aceitável se for tomada apenas no seu *sentido puramente lógico*, deixando-se de levar na devida conta a *posição sistêmica* desse momento processual, pois a dilucidação do fato controverso não há de ser obstaculada pelo *mito da preclusão*, com o sacrifício injustificável da busca da verdade real, *inclusive porque o Juiz pode determinar de ofício a produção de provas (arts. 130 e 1.107 do CPC), não se aplicando ao órgão judicial os efeitos do evento preclusivo intraprocessual em matéria probatória*.

Observe-se que o art. 451 do CPC, que disciplina a *audiência de instrução e julgamento*, mais uma vez alude à *fixação dos pontos controvertidos*, embora tenha parecido a alguns doutos mestres que esse dispositivo (art. 451 do CPC) *estaria revogado pela Lei 8.952/94, que deu nova redação ao art. 331 do CPC, implantando o momento de fixação daqueles pontos e sobre eles caindo*

o manto da preclusão; esta é a doutrina dominante no cenário processual nacional.

Esse ponto de vista é defendido pelo eminente Professor NÉLSON NÉRY JÚNIOR, que considera haver uma oposição entre os arts. 331 e 451 do CPC, asseverando ser esse último *incompatível com o sistema da audiência preliminar* (Audiência Preliminar e Saneamento do Processo, *in* Reforma do CPC, Saraiva, 1996, p. 335).

Não há como se minimizar a relevância jurídica dessa tese, mas será preferível, para a sanidade do processo, que se admita a fixação ulterior de pontos controvertidos, mesmo após a audiência preliminar (art. 331 do CPC), ou seja, na oportunidade da audiência de instrução e julgamento (art. 451 do CPC), tanto para se evitar a alegação de cerceamento de defesa, como para se oportunizar a adequada definição da lide, quando se tratar de questão que envolva a produção de provas.

Seria aceitável dizer-se que a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar (art. 331 do CPC) *abrangeria os direitos transacionáveis*, enquanto a previsão do art. 451 do CPC abrangeria os que serão objeto do esforço probatório.

Mas é importante frisar que a fixação dos pontos controvertidos *não se realiza por meio de ato solitário do Juiz, no silêncio do seu gabinete, mas sim mediante diálogo aberto com os procuradores das partes e com elas próprias*, de modo que o resultado corresponda à visão que todos esses agentes têm da questão a ser debatida e decidida no processo, sendo essa, sem dúvida, a função da própria audiência preliminar.

2.2.2 - A RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES PROCESSUAIS PENDENTES

Integram-se no conceito de *questões processuais pendentes*, comportantes de imediata solução na audiência preliminar, as que, *sendo somente de direito*, foram alegadas pelas partes e dispensam qualquer investigação de natureza probatória, ou seja, pertinem a exigências *meramente formais* do processo, não percutindo o seu mérito.

Essas são as *questões prévias preliminares*, que não tenham

imbricação com o mérito; sob o rótulo de *questões prévias* a doutrina processual agrupa todas aquelas que de algum modo *podem influir tanto sobre o processo como sobre o exame do mérito da demanda*, ou seja, sobre a legitimidade do órgão jurisdicional, a regularidade da formação do processo em que se vai obter a decisão ou sobre o conhecimento do núcleo do direito em debate.

Dest'arte, as *questões prévias* podem estar referidas tanto ao processo como à própria cognição do mérito da demanda: no primeiro caso, ter-se-ão as chamadas *questões preliminares do processo* e, no segundo caso, as chamadas *questões prejudiciais de mérito*, mas os doutrinadores, na sua maioria, dão a denominação de *questões prévias* apenas às dessa última classe.

Por conseguinte, as *questões processuais pendentes* (art. 331 do CPC) *são as que apenas condicionam a cognição do mérito*, consoante ensina o Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1996, vol. I, p. 302), quais aquelas relacionadas no art. 301 do CPC, e que devem ser superadas para que haja a apreciação do mérito do pedido.

Seria importante fazer o contraste das *questões preliminares* com as *questões prejudiciais*, que se acham imbricadas intimamente com o próprio mérito da demanda, de tal sorte que até poderiam compor o objeto autônomo de outro processo, como leciono o mestre EGAS MONIZ DE ARAGÃO:

“Das questões que antecedem a solução do litígio, porém, não todas são prejudiciais: algumas há que são apenas preliminares. A questão processual, em regra, é apenas preliminar, pois o que caracteriza as prejudiciais é poderem constituir objeto autônomo de outro processo (Comentários ao CPC, Forense, 1974, vol. II, p. 399)”.

Talvez contribuisse para uma melhor fixação da compreensão das *questões processuais*, revisitar o conceito de *questão prejudicial*, como vem ensinado pelo Professor CALMON DE PASSOS, lembrando que tanto umas (as *questões preliminares* ou *processuais*), como as outras (as *questões prejudiciais*) são *questões prévias*:

“Cuida-se, necessariamente, de direito outro, que não o contido no objeto do processo, de relação jurídica outra que não aquela representativa da causa de pedir. Se o pedido do autor tinha como pressuposto outro direito ou outra relação jurídica, diversos do direito ou da relação jurídica constitutivos da causa de pedir (fundamento do pedido) e se a contestação do réu impugna, inclusive, aquele direito, pressuposto ou antecedente lógico necessário da existência do direito do autor, posto como objeto do pedido, então, nessas circunstâncias, o autor pode ampliar o tema de decidir do Juiz, formulando um pedido novo, incidental, de declaração da existência ou inexistência desse direito, antecedente lógico do pedido formulado inicialmente, para que a coisa julgada também se estenda a essa outra relação jurídica ou a esse outro direito (Comentários ao CPC, Forense, 1974, vol. III, p. 394)”.

Essa classe de questões apresenta desdobramentos de alta relevância teórica e prática: *tais questões ora são internas ao processo (caso em que podem ser decididas pelo mesmo órgão julgador), ora lhe são externas (caso em que serão decididas por órgão judicial diverso); também podem ser homogêneas ou heterogêneas em relação ao pedido formulado na ação em que ocorrem, conforme se trate da mesma matéria jurídica ou de matéria diferente.*

O insigne Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, um dos mais eminentes processualistas do País, propôs um critério de alto valor científico para extremar as chamadas *questões preliminares* das *questões prejudiciais*, sugerindo que estão na primeira categoria (preliminares) as questões *que não vinculam o pronunciamento judicial futuro, enquanto se incluem na segunda as questões que vinculam o futuro julgamento.*

2.2.3 - A DETERMINAÇÃO DAS PROVAS A PRODUZIR

Caberia frisar que a atividade probatória *é restrita aos fatos que não estão pacificados no processo* (os fatos controvertidos), assim se excluindo aqueles sobre os quais há assentimento das

partes, quer de forma expressa (confissão), quer de forma tácita (admissão) ou, ainda, os que são tidos como certos em virtude de ficções legais, como ocorre nos casos de revelia ou de presunção de existência e veracidade.

Para o mestre CALMON DE PASSOS, há coincidência conceitual entre *atos controvertidos* e *atos impugnados*, ao dizer o professor baiano que *fato impugnado é fato controvertido*, acrescentando, ainda, que se o fato *não foi especificamente impugnado, é fato, em princípio, admitido como verdadeiro, salvo se o contrário decorra do conjunto das provas dos autos* (Comentários ao CPC, vol. 3, Forense, 8ª ed., 1998, p. 453).

Alerta, ademais, o eminente doutrinador que não se deve concluir que *todos os fatos que sofreram repto devam ser objeto de prova*, senão somente os fatos que se mostrem, ao mesmo tempo, *pertinentes à lide e relevantes para o seu desate*; é esse o fundamento que tem o Juiz *para inadmitir a produção de provas desnecessárias ou protelatórias* (art. 130 do CPC).

Tem-se como *prova desnecessária*, por exemplo, a ouvida de testemunha sobre fato já provado por documento ou confissão (art. 400, I do CPC) e como *protelatória* a prova testemunhal de fato para o qual se requer exame pericial (art. 400, II do CPC); também entrariam nessas categorias as provas de fatos cabíveis nas disposições do art. 334 do CPC.

Contudo, ao indeferir a produção de certa prova, deve o Juiz *motivar e justificar* a sua decisão, ressaltando a sua desnecessidade ou a seu efeito penas protelatório, sendo-lhe privativo esse juízo, como já afirmara o antigo Tribunal Federal de Recursos (Ag. 51.774-MG, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, DJU 15.05.89, p. 7.935).

Outra avaliação igualmente estratégica incumbe ao Juiz, em matéria de deferimento de provas, qual seja o seu poder/dever de dispensar a sua produção, quando já houver nos autos elementos suficientes para a formação da sua convicção, como no caso do art. 427 do CPC, por exemplo (com a redação da Lei 8.455/92).

Na condução do processo, verifica-se, dest'arte, um esforço constante do Juiz para evitar a dilação probatória inútil, *somente se realizando essa atividade quando e se estritamente necessá-*

ria, isso por causa do largo tempo e dos recursos materiais que nela se consomem.

Em outras palavras, pode-se dizer que não serão objeto de investigação os fatos incluídos na categoria dos não precisam ser provados: (a) *os alegados na inicial mas não contestados* (art. 319 do CPC), (b) *os não precisamente impugnados pelo réu* (302 do CPC), (c) *os fatos confessados/admitidos como incontroversos* (arts. 334, II e III e 348 do CPC), (d) *os fatos notórios* (art. 334, I do CPC) e (f) *os fatos cercados da presunção de existência e veracidade* (art. 334, IV do CPC).

Veja-se que a decisão do Juiz nesse instante da audiência preliminar assume duas configurações, quanto à determinação das provas a serem produzidas na audiência de instrução e julgamento:

(a) *será ato judicial de mero expediente*, dele não cabendo recurso algum (art. 504 do CPC), a decisão que defere as provas pelas quais as partes protestaram ou

(b) *será decisão interlocutória* (art. 162, parág. 2.º do CPC) a *denegação de produção de provas*, contra ela sendo desafiável o recurso de agravo (art. 522 do CPC), pois terá ocorrido cerceamento da defesa da parte.

Embora pareça óbvio, diga-se que nesse momento do processo o Juiz faz um exame *provisório* da complexidade fáctica da lide, no que se refere às provas que hão de ser produzidas, sendo possível, em momento ulterior, que essa sua avaliação seja modificada, tanto para ampliar a investigação, *incluindo meios probatórios que não foram objeto de indicação ou de especificação das partes*, como também para reduzi-la, dispensando provas que foram inicialmente requeridas pelas partes e por ele admitidas.

O Juiz, na função de *dirigente do processo*, detém o poder/dever de ordenar a realização de quaisquer provas (art. 130 do CPC), *ainda que por elas não tenham as partes protestado ou até as tenham expressamente recusado*, isso porque a formação do convencimento do Julgador *não fica à mercê das iniciativas probatórias dos litigantes, liberto que se acha das suas postulações, nesse terreno*.

Passado esse momento processual, porém, não poderão mais as partes reclamar a produção de provas ou especificar as que pretendem produzir, pois terá ocorrido, *apenas quanto aos demandantes*, o fenômeno preclusivo (art. 183 do CPC); contudo, reiterese que a preclusão não afasta a faculdade de o Juiz, *de ofício*, determinar a produção das provas que entender necessárias, já que lhe assiste buscar a verdade dos fatos (art. 130 do CPC), *daí não haver, quanto ao Julgador, a oclusão de oportunidades em matéria de prova.*

2.2.4 - A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA INSTRUTÓRIA

Como a sua última tarefa na audiência preliminar, o Juiz designará data (dia, mês, hora e local) para a audiência de instrução e julgamento (art. 451 do CPC), *se for esse ato processual realmente necessário.*

A *utilidade* da audiência de instrução é detectada caso-a-caso pelo Juiz, podendo ser dito que deverá ocorrer *quando há a necessidade de produção de provas orais, como, por exemplo, a ouvida de testemunhas ou do perito que tenha apresentado laudo trazido por qualquer dos demandantes (art. 427 do CPC) ou, ainda, a oitiva das próprias partes.*

Não ocorrendo qualquer dessas situações, não deverá o Juiz designar audiência de instrução e julgamento, sendo o caso de conclusão dos autos, para o proferimento de sua decisão; se eventualmente for designada a audiência, *em situação de desnecessidade*, poderá qualquer das partes valer-se de recurso ao Tribunal, para ser esta desnecessidade de logo declarada, impondo-se a resolução do processo, com a sentença final, a ser dada pelo Julgador.

Contudo, designada pelo Juiz a audiência de instrução e julgamento, não quer isso dizer que não possa ele *julgar antecipadamente a lide* (art. 330, I do CPC), desde que fique evidente a desnecessidade desse ato, após a sua designação; porém, nesse caso, deverá lançar despacho noticiado que irá proferir o julgamento antecipado, para não serem as partes *surpreendidas* com essa decisão, quando estavam na expectativa de início da instrução processual.

BIBLIOGRAFIA

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Processo de Conhecimento*, Rev-Pro 79, RT, 1995.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, RT, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, 2002.

BARROS MONTEIRO, Rafael de. *REsp. 92.478-PR, DJU 20.05.02.*

BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos*. CPC de 1973, RT, 2000.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao CPC*, vol. 3, Forense, 8a. ed., 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Malheiros, 2001.

FILGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao CPC*, vol. 4, tomo 2, RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*, RT, 2001.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao CPC*, vol. II, Forense, 1974.

NÉRY JÚNIOR, Néelson. *Audiência Preliminar e Saneamento do Processo*, in Reforma do CPC, Saraiva, 1996.

PANCARO DA SILVA, Flávio. *O Saneamento do Processo*, Saneamento do Processo, Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda, Fabris, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Luiz. *Comentários ao CPC*, vol. IV, Forense, 1982.

SOBRAL, Geraldo, *Ag. 51.774-MG, DJU 15.05.89.*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, Forense, 1996.

TETO DE REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: AGORA É PRA VALER?

Luiz Alberto Gurgel de Faria*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Remuneração - Conceito. 3. O teto de remuneração na sua redação original na Carta de 1988. 4. A mudança introduzida na reforma administrativa. 5. As novas regras inseridas na recente reforma previdenciária. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No decorrer de mais de quinze anos de vigência da Lei Maior, um dos capítulos mais alterados foi exatamente o da Administração Pública, especialmente nas regras que cuidam dos servidores públicos¹.

Cargos, empregos e funções, antes exclusivos de brasileiros, passaram a ser acessíveis também aos estrangeiros, nos termos da lei. O direito de greve, que deveria ser disciplinado por lei complementar, pode agora ser regulado por lei ordinária (embora esta, até hoje, ainda não tenha vindo ao mundo jurídico). As regras de aposentadoria foram, por demais, modificadas. Deixou-se de empregar a expressão “servidores públicos” para os militares. A isonomia de vencimentos foi banida da Carta, dentre outras diversas mudanças.

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professor da UFRN e dos cursos de especialização em Direito Administrativo e Direito Tributário da UFPE.

¹ O termo será utilizado neste trabalho em sentido amplo, abrangendo todas as pessoas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante a percepção de valores pecuniários, inclusive os agentes políticos.

Nesse contexto, o dispositivo que trata do teto de remuneração dos servidores já se encontra em sua terceira versão e a grande indagação a ser feita é se realmente ele veio para impor limites efetivos às retribuições recebidas.

O presente trabalho tem por desiderato a análise do tema. O estudo começa expondo o conceito de remuneração, objetivando apreender o que se está realmente a limitar. Em seguida, deve-se examinar o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, em sua redação original, buscando extrair quais os parâmetros inicialmente estabelecidos. Após, há uma incursão pela reforma administrativa trazida com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, e as suas mudanças e conseqüências acerca do assunto, alcançando-se, então, o texto atual, inserido na reforma previdenciária, contida na Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, propondo-se a interpretação que a ele deve ser atribuída.

2. REMUNERAÇÃO – CONCEITO

As definições de vencimento, vencimentos e remuneração sempre foram alvo de controvérsias, seja no âmbito doutrinário, seja na esfera jurisprudencial, e, ainda hoje, equívocos são observados. Na verdade, após tantos anos de estudo do tema, a confusão não mais deveria ocorrer.

O primeiro termo corresponde à retribuição pecuniária básica que é paga ao servidor público pelo exercício do cargo, emprego ou função, sem qualquer acréscimo, observados o padrão, classe, nível ou grau ocupados (estas nomenclaturas são distintas nas mais diversas legislações que cuidam do tema). Já os vencimentos se referem à soma do vencimento mais as parcelas fixas atribuídas por lei para aquela determinada categoria de agente público. Por fim, a remuneração diz respeito ao valor total recebido, incluindo-se aí as vantagens variáveis. Vamos imaginar uma situação para aclarar melhor a questão²: Analista Judiciário do Tribunal

² É importante destacar que as parcelas e os valores mencionados são aleatórios, apenas a título exemplificativo, sem maior apego ao texto legal que trata das carreiras e fixa os valores a serem pagos aos servidores do Judiciário da União.

Regional Federal da 5ª Região, pelo fato de se encontrar na classe “A”, padrão 1, recebe dois mil reais. A lei prevê que a gratificação de atividade judiciária (GAJ) compõe os estípidios dos servidores do Poder Judiciário da União, paga no montante de duzentos e quarenta reais. Além disso, o mencionado agente se encontra exercendo a Supervisão do Setor de Publicação de Acórdãos junto a uma das Turmas daquele Sodalício, fazendo jus à percepção de uma função comissionada (FC 05), no montante de mil reais. *In casu*, o vencimento do cargo é de dois mil reais. Os vencimentos, dois mil, duzentos e quarenta reais. Já a remuneração, três mil, duzentos e quarenta reais.

Analista Judiciário (Classe “A”, Padrão 1)

Vencimento	R\$ 2.000,00
GAJ	R\$ 240,00
FC - 05	R\$ 1.000,00
TOTAL	R\$ 3.240,00

Não é demais destacar que a Constituição Federal garante, em seu art. 37, XV, a irredutibilidade tão-só dos vencimentos (e, agora, também dos subsídios, termo cuja explicação será feita adiante), o que não poderia ser diferente, pois a remuneração abrange, como já mencionado, parcelas variáveis, insuscetíveis, pois, de proteção sob o manto de tal preceito. No exemplo citado, caso o servidor deixe de exercer a função comissionada referida, passará a receber dois mil, duzentos e quarenta reais, tendo uma redução em sua remuneração, perfeitamente admissível, mas não em seus vencimentos, pois a Carta Magna assim proíbe.

Sobre o conceito das vantagens em destaque, é válido transcrever o escólio de José Afonso da Silva³:

“Os termos *vencimento* (no singular), *vencimentos* (no plural) e *remuneração* dos servidores públicos não são sinônimos. *Vencimento*, no singular, é a

³ Curso de Direito Constitucional Positivo, 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 664.

retribuição devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, emprego ou função, correspondente ao símbolo ou ao nível e grau de progressão funcional ou ao padrão, fixado em lei. Nesse sentido, a palavra não é empregada uma só vez na Constituição. *Vencimentos*, no plural, consiste no *vencimento* (retribuição correspondente ao símbolo ou ao nível ou ao padrão fixado em lei) acrescido de *vantagens pecuniárias* fixas. Nesse sentido, o termo é empregado em vários dispositivos constitucionais. *Remuneração* sempre significou, no serviço público, uma retribuição composta de uma parte fixa (geralmente no valor de dois terços do padrão do cargo, emprego ou função) e outra variável, em função da produtividade (quotas-partes de multas) ou outra circunstância. É o tipo de retribuição aplicada a certos servidores do Fisco (os *fiscais*) que, além de vencimentos (padrão mais adicionais etc), tinham ou têm também o direito de receber quotas-partes de multas por eles aplicadas. Hoje se emprega o termo *remuneração* quando se quer abranger todos os valores, em pecúnia ou não, que o servidor percebe mensalmente em retribuição de seu trabalho. Envolve, portanto, *vencimentos*, no plural, e mais quotas ou outras vantagens variáveis em função da produtividade ou outro critério. Assim, a palavra *remuneração* é empregada em sentido genérico para abranger todo tipo de retribuição do servidor público, com o que também envolve o seu sentido mais específico lembrado acima.”

Não é outra a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha⁴:

“Remuneração é o total dos valores percebidos, a qualquer título, pelos agentes públicos. É o valor integral do quanto percebido pelo agente público, abar-

⁴ Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 305/306.

cando todas as parcelas que compõem a contraprestação que lhe é devida pelo exercício do cargo e/ou funções. (...)

Vencimento é a contraprestação pecuniária devida ao ocupante de cargo, função ou emprego público pelo seu exercício, sendo definido legalmente em estrita correspondência com o símbolo, o nível e o grau estabelecido para ele. O vencimento é o padrão de pagamento devido legalmente, sendo estabelecido e identificado pela definição legal do próprio cargo, função ou emprego a que corresponde. A mesma palavra utilizada no plural tem outra conotação jurídica. *Vencimentos* compreende a soma dos valores correspondentes ao padrão definido legalmente para o cargo, função ou emprego acrescido das parcelas outorgadas como vantagens que são garantidas, em caráter permanente e fixo, para o agente.”

Não devem, pois, subsistir dúvidas acerca dos significados das espécies remuneratórias em destaque.

3. O TETO DE REMUNERAÇÃO NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL NA CARTA DE 1988

O art. 37, inciso XI, assim dispunha acerca dos limites de remuneração do servidor público:

“Art. 37. (...)

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;”

Como se pode constatar, o constituinte fixou o limite de **remuneração** dos servidores públicos, abrangendo, assim, todas as parcelas por eles recebidas, de modo que o montante superior ao teto ali fixado deveria ser cortado, não só em aplicação ao preceito

acima transcrito, como também ao art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵.

Para cada esfera de Poder foi estabelecido um parâmetro: no Legislativo, a remuneração dos membros do Congresso Nacional; no Executivo, dos Ministros de Estado; no Judiciário, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se nos Estados e no Distrito Federal os seus correspondentes (Deputados Estaduais e Distritais, Secretários de Estado e Desembargadores, respectivamente), observando-se, ainda, nos Municípios, como teto, a remuneração de Prefeito.

Veja-se que o dispositivo fixa o teto com base na “remuneração, em espécie, a qualquer título”, dos agentes acima mencionados, expressão essa, no meu sentir, redundante, pois a remuneração, pelo seu próprio conceito, já abrange todas as parcelas recebidas.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, analisando o inciso XII do citado artigo 37 (em sua redação original – “os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”), assim decidiu:

“EMENTA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. O parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Federal nº 7.721, de 6 de janeiro de 1989, quando limita os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – ‘Computados os adicionais por tempo de serviço’ – à remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnera o art. 39, par. 1º, *in fine*, da Constituição, que sujeita a tal limite apenas os ‘vencimentos’, excluídas as vantagens ‘pessoais’. Compatibilidade do conceito de

⁵ “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

‘vencimentos’ estabelecido na Lei Complementar nº 35/79 e em outros artigos da Lei Maior com a exegese do aludido dispositivo constitucional. Procedência parcial da ação para declarar inconstitucionais as expressões ‘... e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço)...’, constante do par. 2º, art. 2º da Lei 7.721/89.” (STF, Tribunal Pleno, ADI 14/DF, Rel. Min. Célio Borja, *DJU* 01.12.1989, p. 17759).

O Pretório Excelso interpretou o preceito indicado em consonância com o seu art. 39, § 1º (sempre de acordo com a redação original), de maneira a excluir as vantagens de caráter individual.

Com todo o respeito à decisão proferida, a mesma não emprestou a melhor exegese ao assunto, pois, como alhures já dissertado, os vencimentos englobam as parcelas fixas atribuídas por lei ao agente público. Ora, se os adicionais por tempo de serviço constituem vantagem fixa a ser paga aos integrantes da carreira da magistratura (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979, art. 65, VIII), dúvidas não poderiam subsistir acerca de seu cômputo no limite previsto no inciso XII, art. 37, da Carta Magna.

Apesar do comentário feito, não se pode olvidar que compete ao Supremo a missão de guardião da Constituição, cabendo-lhe proferir a última palavra em temas dessa alçada, e assim ocorreu.

Dessa forma, o *leading case* supratranscrito, interpretando outro dispositivo constitucional que dispunha acerca de matéria distinta, embora correlata, passou a ser também invocado quando de julgamentos acerca do teto de remuneração, conforme revela o acórdão cuja ementa se destaca:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCURADORES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. LEI Nº 10.430, DE MARÇO DE 1988, ART. 42. **TETO REMUNERATÓRIO**. GRATIFICAÇÃO DE GABINETE, ADICIONAL DE FUNÇÃO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Legitimidade do teto remuneratório, na forma fixada pelo dispositivo legal sob enfoque. Preceito que não foi recebido pela CF/88, no ponto em que fixou teto para a remuneração bruta, a qualquer título, dos ser-

vidores municipais. **Orientação assentada pelo STF, na ADI 14, Rel. Min. Célio Borja, no sentido de que deverão ser excluídas do cálculo do teto previsto no art. 37, XI, da CF/88, as vantagens pessoais, como tais, entretanto, consideradas apenas as decorrentes de situação funcional própria do servidor e as que representem uma situação individual ligada à natureza ou às condições de seu trabalho.** Hipótese a que não se subsume a última das vantagens em destaque. Ausência, nos autos, de elementos que permitam a identificação da natureza jurídica da segunda delas. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (STF, Tribunal Pleno, RE 220397/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, *DJU* 18.06.99, p. 00025). (Grifei).

Mais uma vez há de se suplicar todas as vênias à Corte Maior, pois o equívoco se renovou, tendo em vista que a remuneração corresponde ao valor total recebido pelo agente público, incluindo-se aí até parcelas variáveis, de modo que as vantagens pessoais não poderiam ser excluídas do teto de remuneração do servidor público. Porém, como compete àquela Casa a interpretação final acerca da questão, o seu veredicto foi devidamente acatado, estimulando até ao próprio legislador dispor acerca das verbas que deveriam ser extirpadas do teto, como na redação original do parágrafo único, art. 42, da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, na Lei nº 8.448, de 21.07.1992, e na Lei nº 8.852, de 04.02.1994. Além das previsões legais, no âmbito judicial tantas foram as “vantagens pessoais” excluídas do limite de remuneração que este praticamente deixou de existir.

4. A MUDANÇA INTRODUZIDA NA REFORMA ADMINISTRATIVA

Nos idos de 1998, ultimada quase uma década da Constituição Cidadã, não havia margem a incertezas: o teto não havia “colado”. Se existia a determinação efetiva de se estabelecer um limite de remuneração ao servidor público, uma mudança deveria ser feita, o que terminou ocorrendo com a promulgação da Reforma Administrativa, através da Emenda Constitucional nº 19, de

04.06.1998, que deu nova redação ao art. 37, inciso XI:

“Art. 37. (...)

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

O texto não deixava oportunidade para qualquer trabalho hercúleo por parte dos intérpretes. Ao revés, a tarefa era por demais suave. O novo teto estabelecido – o subsídio⁶ de Ministro do Supremo Tribunal – incluía as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. O limite, agora, tinha tudo para vingar.

Nada obstante, esta não foi a realidade. Reunido em sessão administrativa, poucos dias após a aprovação da EC 19/1998, mais precisamente em 24.06.1998, o Plenário do Pretório Excelso, assim deliberou:

“O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, presentes os Senhores Ministros Celso de Mello (Presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, resolveu: 1º) deliberar, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar

⁶ O termo subsídio constitui novidade introduzida com a EC nº 19/1998, correspondendo à retribuição pecuniária paga **em parcela única** aos membros de Poder, detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais (art. 39, § 4º, CF), podendo tal forma de remuneração ser estendida aos servidores públicos organizados em carreira (§ 8º).

Galvão, que não são auto-aplicáveis as normas do art. 37, XI, e 39, §4º, da Constituição, na redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, porque a fixação do subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal - que servirá de teto -, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional nº 19, depende de lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Em decorrência disso, o Tribunal não teve por auto-aplicável o art. 29 da Emenda Constitucional nº 19/98, por depende, a aplicabilidade dessa norma, da prévia fixação, por lei, nos termos acima indicados, do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Por qualificar-se, a definição do subsídio mensal, como matéria expressamente sujeita à reserva constitucional de lei em sentido formal, não assiste competência ao Supremo Tribunal Federal, para, mediante ato declaratório próprio, dispor sobre essa específica matéria. Deliberou-se, também, que, até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal, prevalecerão os tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação anterior à que lhe foi dada pela EC 19/98, vale dizer: no Poder Executivo da União, o teto corresponderá à remuneração paga a Ministro de Estado; no Poder Legislativo da União, o teto corresponderá à remuneração paga aos Membros do Congresso Nacional; e no Poder Judiciário, o teto corresponderá à remuneração paga, atualmente, a Ministro do Supremo Tribunal Federal; (...)" (Transcrição de trecho da ata - grifos originais).

Voltava tudo à estaca zero. Deveras, enquanto não promulgada a lei fixadora do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, continuava a prevalecer o teto previsto na redação original da

Carta, com todas as brechas para a exclusão das vantagens pessoais, o que, na prática, renove-se, obstaculizava qualquer limitação. Para piorar, tal lei precisava ser objeto de projeto de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 48, XV, CF, com a redação que lhe foi conferida pela EC 19/1998. Era autoridade demais para planejar uma lei só. Resultado: a mesma nunca veio ao mundo e o teto... Bem, na verdade, com todo o respeito, a “casa” continuava sem “telhado”.

5. AS NOVAS REGRAS INSERIDAS NA RECENTE REFORMA PREVIDENCIÁRIA

Passados mais de cinco anos da vigência da EC 19/1998, o problema do teto de remuneração persistia, pois as quatro autoridades encarregadas do planejamento da lei para fixação do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal não cuidaram de seu mister nem demonstravam vontade política para tanto. Aliado a isso, começava a surgir outro problema, pois se discutia a constitucionalidade do preceito que conferia a missão para os mencionados agentes públicos, sob o argumento, dentre outros, de que violava a autonomia dos Poderes, especificamente do Judiciário, pois o projeto de atribuição de valores remuneratórios aos seus membros ficava também na dependência de integrantes do Legislativo e do Executivo.

Essa questão inicial foi resolvida com a aprovação da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, pois a fixação do subsídio de membro do Pretório Excelso voltou a ser de iniciativa exclusiva daquela Casa (art. 96, II, “b”, CF).

Ademais, a referida emenda estabeleceu novas regras para o teto de remuneração, nos seguintes termos:

“Art. 37 (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie

remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

Como se pode constatar, o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal foi conservado como teto de remuneração para os agentes públicos em geral. Manteve-se, igualmente, a extensão de tal limite aos aposentados e pensionistas, bem como aos casos de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. A novidade ficou por conta do estabelecimento de subtetos para os Municípios – subsídios dos Prefeitos – e Estados e Distrito Federal: no Executivo, o subsídio do Governador; no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; no Judiciário, o parâmetro a ser observado é o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado este a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio de Ministro da Suprema Corte, estendendo-se tal regra para os membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos.

Objetivando exterminar qualquer dúvida acerca da aplicabilidade do preceito em destaque ou das regras a serem observadas enquanto não editada a lei fixando o subsídio de membro da Corte Maior, o detentor do Poder de Reforma inseriu na emenda o art. 8º, *in verbis*:

“Art. 8º. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Fede-

ral, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.” (Grifei)

Assim, enquanto não aprovado o subsídio referido, fica valendo, como limite máximo, o valor da maior remuneração atribuída por lei a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço.

No meu sentir, a EC 41/2003 traz regras claras a serem aplicadas de imediato, extirpando as controvérsias acerca da inclusão das vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza no teto de remuneração. Não há, além do mais, que se falar em direito adquirido à exclusão de tais verbas, pois, conforme consignado, desde a época da redação original da Lei Maior, esse foi o desejo do constituinte e assim constava em seu texto, inclusive de forma explícita (art. 17, ADCT)⁷.

⁷ O tema, contudo, não é tão simples, pois não se pode olvidar que a interpretação conferida pelo Pretório Excelso foi em linha contrária, admitindo a exclusão das vantagens pessoais do teto de remuneração, de modo que muitas demandas deverão ser propostas sob o fundamento do direito adquirido.

É importante consignar que não se está a defender a possibilidade de emenda constitucional violar direito adquirido, tema que já tive oportunidade de estudar e concluir em sentido diametralmente oposto⁸, mas sim a manter a coerência com o posicionamento exposto desde o início deste trabalho, no sentido de que o teto de remuneração, desde a origem, abrange as vantagens pessoais.

Há, porém, um vício a ser corrigido na emenda 41/2003, cuja gênese advém desde a EC 19/1998: a previsão de que o teto se aplica às situações de cargos, empregos e funções percebidos cumulativamente.

Ora, se o constituinte permitiu a mencionada acumulação, em caráter excepcional, especificando, de forma taxativa, as poucas hipóteses em que a mesma pode ocorrer, não se pode admitir que o reformador venha a tolher tal direito, fazendo, do texto da Lei Maior, letra morta. Com efeito, tomando como exemplo Ministro do Supremo Tribunal Federal, tal autoridade jamais poderia se valer do permissivo contido no art. 95, parágrafo único, inciso I, CF, e exercer o cargo de magistério, sob pena de trabalhar de forma gratuita, o que, em regra, é vedado por lei.

Na verdade, a melhor interpretação é que o teto de remuneração se aplica às hipóteses de acumulação em caráter isolado, ou seja, cada cargo, emprego ou função, desde que legalmente exercidos, nos termos autorizados pela Constituição, não pode ultrapassar o limite ali fixado.

Essa parece ser também a posição adotada pelo Ministro Marco Aurélio, conforme restou consignado na Ata da Primeira sessão administrativa do ano de 2004, realizada em 05 de fevereiro de 2004, do Pretório Excelso, cujo trecho se transcreve:

“Às dezessete horas, reuniu-se o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, presentes os

⁸ Conferir, a propósito, artigo de minha autoria – O Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais – publicado, dentre outras, na *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 22, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 46/54, e *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 170, São Paulo: Editora Vellenich, 1999, p. 57/68.

Ministros Maurício Corrêa (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa, para a apreciação da seguinte pauta: 1) Processo 319.269 – Após analisar as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, o Tribunal decidiu, por maioria, nos termos do voto do Ministro Maurício Corrêa Presidente, que o valor do limite fixado pelo artigo 8º da referida Emenda corresponde a R\$ 19.115,19 (dezenove mil, cento e quinze reais e dezenove centavos), maior remuneração atribuída por lei, na data de sua publicação, a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, representação mensal e parcela recebida em razão de tempo de serviço e cuja composição é a seguinte: R\$ 3.989,81 (três mil, novecentos e oitenta e nove reais e oitenta e um centavos) a título de vencimento, na forma das Leis 10474/02 e 10697/03; R\$ 10.628,86 (dez mil, seiscentos e vinte e oito reais e oitenta e seis centavos) a título de representação mensal, conforme determinam os Decretos-Lei 2371/87, 1525/77 e 1604/78; e R\$ 4.496,52 (quatro mil, quatrocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos) a título de adicional em razão do tempo de serviço, nos termos do artigo 65, inciso VIII, da Lei Complementar 35/79. **Vencido, nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio por entender que o valor corresponde a R\$ 17.343,70 (dezesete mil, trezentos e quarenta e três reais e setenta centavos), excluindo-se para tanto o adicional de 20% (vinte por cento) da representação mensal devida ao Presidente nos termos do Decreto-Lei 1525/77. Sua Excelência consignou, também, que considera inconstitucional a expressão ‘percebidos cumulativamente ou não’ contida no art. 1º da Emenda Constitucional 41/03, no que deu nova redação ao inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, assim como o re-**

ferido artigo 9º da referida Emenda. O Tribunal fixou, ainda, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Maurício Corrêa, o entendimento de que, no caso específico da acumulação dos cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, determinada pelo artigo 119, inciso I, letra “a” da Constituição, não se aplica a acumulação das remunerações para fins de incidência do limite estabelecido pelo inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal. Foram consignados e juntados ao processo os votos escritos dos Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio...” (Grifei).

A propósito, fazendo uma análise sistemática das diretrizes fixadas pela Suprema Corte, a partir do momento em que se admite a percepção conjunta das espécies remuneratórias pertinentes aos cargos de Ministros daquele Sodalício e do Tribunal Superior Eleitoral, cuja acumulação é prevista na Constituição, pode-se chegar à idêntica ilação já externada neste trabalho – o teto de remuneração se aplica às hipóteses de acumulação em caráter isolado, sendo certo, porém, que, não houve expressa manifestação nesse sentido.

Ademais, com a devida vênia da maioria dos integrantes daquele Sodalício, o teto fixado efetivamente deveria ser R\$ 17.343,70 (dezesete mil, trezentos e quarenta e três reais e setenta centavos), pois o art. 8º da EC 41/2003 expressamente prevê as parcelas de remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal que deveriam ser computadas para tal efeito: vencimento, representação mensal e a parcela recebida em razão de tempo de serviço, não incluindo a vantagem de representação de seu Presidente.

6. CONCLUSÃO

Conforme se pôde constatar, desde quando estabelecido, o teto de remuneração do servidor público vem sendo alvo de constantes “bombardeios”, seja através de iniciativa dos interessados na Justiça, seja por intermédio do próprio legislador, elegendo parcelas que a ele não se sujeitam.

A Emenda Constitucional 19/1998 tentou pôr fim às discussões, ao fixar que as vantagens pessoais ou de qualquer outra

natureza estavam incluídas na nova limitação ali conferida – subsídio de Ministro da Suprema Corte. Nada obstante, a consulta respondida em 24.06.1998, em sessão administrativa daquele Sodalício, determinou a manutenção do teto anterior, de modo que, na prática, as brechas para se ultrapassar o teto foram conservadas.

Com a reforma previdenciária, através da Emenda Constitucional 41/2003, novas regras foram estabelecidas, mantendo-se, porém a essência – o teto tinha como parâmetro o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, nele estando incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Inseriu-se um dispositivo de modo a proporcionar a aplicabilidade imediata do novo parâmetro.

Nada obstante, há um vício a ser corrigido, na medida em que o teto de remuneração deve ser aplicado às hipóteses de acumulação em caráter isolado, ou seja, cada cargo, emprego ou função, desde que legalmente exercidos, nos termos autorizados pela Constituição, não pode ultrapassar o limite ali fixado.

As regras a serem aplicadas são claras, extirpando as antigas controvérsias. Demandas não de ser propostas sustentando o direito à percepção de valores superiores ao teto, em face da existência de vantagens pessoais. Conforme já exposto alhures, com a devida vênia aos que entendem de modo contrário, tais benefícios devem ser abarcados pelo teto.

Resta, pois, a esperança de que a limitação, agora, seja pra valer.

7. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

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.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, vol. 22, 1998, p. 46/54.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

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.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª edição. São Paulo: RT, 2002.

SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

EXTRADIÇÃO

Paulo Gadelha*

As sociedades politicamente organizadas, na difícil missão de alcançar o ideal de justiça, buscam realizar a segurança como sucedâneo daquela.

Na órbita, pois, do Direito Internacional Público, os Estados têm o dever de, solidariamente, procurar harmonizar as suas relações na costura de metas éticas e no combate, sem fronteiras, ao universo do crime.

Neste encarte, é lógico, emerge o Instituto da Extradicação, como sendo o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo a outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo, por crime pelo qual está sendo processado ou já foi condenado.

Na doutrina, os que se debruçam sobre este monumento da norma internacional, legitimam a sua existência como indispensável à formação de padrões morais em todo o mundo.

De fato, no extenso campo das relações internacionais, a assistência recíproca é impostergável compromisso de honra entre os Estados.

A luta, assim, contra os atos delituosos é imperiosa necessidade dos países juridicamente adultos.

É tarefa, destarte, dos que proclamam a paz como um dos pressupostos do império jurídico internacional.

Em função disso, o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Haia, em agosto de 1932, proclamou que “os acordos, em matéria de extradição, devem inspirar-se no princípio de que a concessão da extradição constitui, para o Estado solicitado, a execução de uma obrigação resultante da solidariedade internacional na luta contra o crime.”

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A extradição nasce, obviamente, como um dever consignado em tratados e convenções.

A ausência desses documentos, nem sempre, inibe a sua instrumentalização. Nesta hipótese, pode um Estado anuir na extradição, mediante uma declaração de reciprocidade do Estado Requerente, comprometendo-se este a usar de reciprocidade, quando for solicitado em caso idêntico.

DO PEDIDO E DA CONCESSÃO

Para o pedido e a concessão do Instituto da Extradição, há uma liturgia definida em leis internas, tratados bilaterais e tratados multilaterais.

Entre os tratados multilaterais estão:

a) O convênio de extradição assinado em Caracas a 18 de julho de 1911, entre a Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela;

b) A Convenção Centro-Americana de Extradição entre Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e El Salvador, em 1934;

c) O Tratado de Direito Penal Internacional assinado em Montevideu, a 19 de março de 1940, firmado pelo Brasil, Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai.

Exemplo de tratado bilateral, o firmado pela República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, proclamado pelo Decreto nº 99.340, de 22 de junho de 1990, publicado no Diário Oficial da União em 25 de junho de 1990, depois de aprovado pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 79, de 29.11.1989.

Em geral, os tratados definem, em lista, as infrações que autorizam a concessão da extradição. Casos não previstos podem ser deferidos, desde que não haja proibição legal estipulada nos tratados.

EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS

A maioria dos Estados recusa extraditar os seus nacionais. Os Estados Unidos e a Inglaterra, por exemplo, fazem exceção a esta posição, porque entendem ser a jurisdição do crime essen-

cialmente territorial.

O Brasil, ao lado da imensa maioria dos Estados, não aceita extraditar os seus nacionais.

A Constituição Federal, no seu Artigo 5º, LI, diz que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

O Estado brasileiro, na exegese dos Artigos 5º, 6º, 7º, 8º e seguintes do Código Penal, se habilita a julgar crimes praticados por brasileiros no exterior.

A posição adotada pelo Brasil é técnica e doutrinariamente correta.

Sem dúvida, os Estados devem proteção a seus nacionais e, por conseguinte, têm a obrigação de lhes garantir uma justiça imparcial, o que dificilmente aconteceria com magistrados estrangeiros.

Depois, a soberania deve prevalecer. Os Estados não podem dela abdicar.

O FATO JUSTIFICADOR DA EXTRADIÇÃO

PRAZOS

Será sempre um crime de muita gravidade e de punibilidade não extinta pelo decurso de tempo.

A extradição, ressalte-se, é procedimento restrito à esfera do Direito Penal, não se aplicando a outros ilícitos, como por exemplo, processo administrativo, desrespeito a obrigação alimentar, insolvência, etc.

Alguns tratados, mais detalhistas, chegam a elencar as infrações suscetíveis de extradição.

O prazo na legislação brasileira, para ser utilizado o Instituto da Extradicação, é de que a pena não pode ser inferior a um (01) ano (privativa de liberdade). (Decreto-Lei nº 941 de 18.10.1969, que trata e regula a concessão de extradição).

DOS CRIMES POLÍTICOS

A doutrina, na sua imensa maioria, proclama a não-aplicabilidade da extradição aos delitos políticos.

As legislações, também. Fazem-no, com certeza, na convicção de que, nos processos político-ideológicos, haveria a ingerência de um Estado na vida político-administrativa do outro.

A Constituição brasileira, no seu Artigo 5º, LII, é terminativa:

“Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

Urge, porém, diferenciar os chamados crimes políticos dos atos terroristas.

Na verdade e no conceito dos Hermeneutas, para comportamentos anti-sociais, defende-se a aplicação da extradição, conforme já recomendava em 1892, o Instituto de Direito Penal, ao inserir que “não são reputados delitos políticos os atos criminosos ou de anarquismo, dirigidos contra as bases de toda organização social”.

Os tratados brasileiros excluem da extradição os delitos de imprensa, os crimes de religião, bem como os delitos puramente militares.

Ao passo que os atos terroristas, os atentados contra a vida de um chefe de Estado ou Governo Estrangeiro, ou contra membros de sua família, igualmente os crimes de guerra e os que se cometem contra a paz e a segurança da humanidade são suscetíveis de extradição.

PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

Em geral, o crime é praticado fora do território do Estado Requerido e dentro da jurisdição do Estado Requerente. É a clássica teoria da territorialidade do crime.

Casos há em que o Estado Requerido poderá conceder extradição por crime cometido dentro do seu território, como por exemplo, se o estrangeiro falsifica moeda do seu país em outro Estado.

Neste caso, o Estado onde aconteceu o crime, “Poderá se

suas leis o permitem, ou deverá, se a isto se obrigou por tratado, aceder ao pedido de extradição do inculcado”, conforme doutrina Hildebrando Accioly, no Manual de Direito Internacional Público – pág. 98, 11ª Edição – Editora Saraiva – 1988.

PUNIBILIDADE DO FATO NOS ESTADOS REQUERENTE E REQUERIDO

É princípio assente hodiernamente: o fato ensejador da medida de extradição deve ser punível nas legislações dos Estados que administram o pedido de extradição. O comportamento deve ser penalmente censurável no Estado Requerente e no Estado de Refúgio.

Por outro lado, a pena imposta pelo Estado Requerente deve ser similar no Direito Criminal do Estado Requerido.

Exemplificando: o indivíduo é condenado à pena de morte no país onde cometeu o crime. Ora, no Estado onde ele se refugiou não se adota a pena máxima. Neste caso, o Estado Requerido tem duas posições: ou nega o pedido de extradição ou aceita, permutando por outra pena.

A TEORIA DA RECIPROCIDADE NO BRASIL

A promessa de reciprocidade tanto pode ser acolhida, quanto rejeitada, sem fundamentação, pelo governo brasileiro.

No julgamento pelo STF, o processo de extradição nº 272-4, o relator, ministro Victor Nunes Leal, no seu voto vencedor, disse: “Mas a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós. Nenhum outro Estado, à falta de norma convencional ou promessa feita pelo Brasil (que não é o caso), poderia pretender um direito à extradição, exigível do nosso país, pois, não há norma de Direito Internacional sobre extradição obrigatória para todos os Estados”.

Ressalte-se, todavia, que não poderá haver negativa de reciprocidade, quando se fundamenta em tratado.

DA FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO

O Poder Executivo pede e concede a extradição. Geralmente é formulado e respondido pelos canais diplomáticos. Nada obsta,

no entanto, que possa ser conduzido de governo a governo.

O Estado Requerente encaminha o pedido com a documentação indispensável, como a identidade do extraditando, o fato apontado como delituoso, a acusação, a condenação formulada. Exigise, igualmente, cópia da legislação do Estado Requerente. No caso da documentação não ser original, impõe-se a autenticação das cópias.

PROCEDIMENTO TÉCNICO-LEGAL NO BRASIL

O governo encaminha ao STF pedido de extradição, acompanhado das peças processuais. O presidente do STF o faz autuar, distribuindo-o ao ministro relator. Este determina a prisão do extraditando.

É consensual na doutrina e na legislação brasileira, que o Estado Requerente não é parte no processo. No entanto, por liberalidade, o STF tem admitido que o advogado do Estado Requerente acompanhe o processo.

A Suprema Corte examina a existência dos pressupostos da extradição, tanto do ponto de vista da lei interna, quanto dos tratados.

O Ministro J. F. Rezek, no livro *Direito Internacional Público*, diz que: “A defesa do extraditando não pode adentrar o mérito da acusação: Ela será impertinente em tudo quanto não diga respeito à sua identidade, à instrução do pedido ou à ilegalidade da extradição à luz específica da lei”. (Pág. 204 – 2ª Edição, 1991 – Editora Saraiva)

É bom lembrar que o exame do pedido de extradição varia de Estado a Estado, podendo ser administrativo, judiciário ou misto. O Brasil, ressalte-se, adotou o procedimento judiciário.

ENTREGA DO EXTRADITANDO

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, como já foi explicitado, a apreciação do pedido de extradição. Negada a solicitação, o extraditando é libertado e o Executivo comunica este resultado ao Estado Requerente.

Deferido o pedido, cumpre efetivar a medida, devendo o Poder

Executivo do Estado Requerido comunicar ao Estado Requerente que o extraditando se encontra à sua disposição.

O Itamaraty fixa em 45 dias o prazo para o Estado Requerente transportar o extraditando. Findo este sem o seu deslocamento, o extraditando é solto e a extradição anulada, não podendo o processo ser renovado.

Admite-se a superveniência ou a força maior, para justificar o adiamento da entrega, como, por exemplo, na hipótese de doença.

Quanto aos gastos, os tratados definem a forma de fazê-los. No meu modesto entendimento, os gastos deveriam ser da exclusiva obrigação do Estado Requerente, pois tudo foi feito em função do pedido.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSTITUIÇÃO E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Francisco Wildo Lacerda Dantas*

1. Introdução 2. Desconstituição 3. Relativização da coisa julgada: 3.1 - Resumo da contribuição doutrinária 3.2 - Nossa posição: 3.2.1 - A coisa julgada é uma garantia constitucional, mas não é absoluta 3.2.2 – A distinção a ser feita entre sentenças inexistentes, *nulas ipso iure* rescindíveis e ofensivas à constituição 3.2.3 - A relativização da coisa julgada se dará no plano de aplicação dos princípios, com as regras criadas para eliminar-lhe a colisão.

1. INTRODUÇÃO

Dentro do prazo previsto para a propositura da ação rescisória, a sentença pode ser desconstituída, ou melhor, rescindida, desde que seja proposta uma ação fundada numa das hipóteses do art. 485 do CPC. Demais disso, tem-se insistido que a coisa julgada – instituto que contempla o princípio da segurança jurídica – não pode prevalecer quando contempla flagrantes injustiças, sobretudo quando agride outros princípios constitucionais, com o que se busca relativizá-la. Esses temas – que estão presentes na preocupação atual dos processualistas modernos – são objeto das considerações deste artigo.

* Desembargador Federal do TRF da 5ª Região, Prof. Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL –, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA e Doutor pela Faculdade de Direito de Lisboa – FDL.

2. DESCONSTITUIÇÃO

TERESA ARRUDA ALVIM, em excelente monografia “Nulidades da Sentença”, sustenta que as sentenças nulas, uma vez transitadas em julgado, além de nulas passam a ser sentenças rescindíveis.¹ Defendeu, porém, que as sentenças inexistentes jamais transitavam em julgado e não se submetiam, por isso mesmo, à ação rescisória, porque simplesmente não eram sentenças, isto é, não existiam. Elas se sujeitavam, portanto, à ação declaratória de inexistência que, como sabemos, produz efeitos **ex tunc**.²

Alinham-se os seguintes exemplos de sentenças inexistentes:

- a) A que não contém decisão;
- b) A que não apresenta condições materiais de produzir efeitos, porque incerta ou impossível;
- c) A proferida por um não juiz;
- d) A pronunciada contra pessoa inexistente ou sem legitimidade para a causa;
- e) A sentença não assinada;
- f) A sentença ilegível;
- g) A sentença não publicada;
- h) A sentença não escrita.³

3. RELATIVIZAÇÃO

No mundo contemporâneo, multiplicam-se os trabalhos que se esforçam por demonstrar que muito embora a coisa julgada houvesse sido estabelecida no processo como uma garantia da

¹ - Cf. “Nulidades da Sentença”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 4ª ed., p. 226.

² - Idem, ibidem, p. 232.

³ - Cf. “Nulidades da Sentença”, ob. cit., p. 380-382.

imutabilidade dos direitos subjetivos, para oferecer-lhe maior garantia (havendo mesmo quem lhe negue essa natureza), sustentam que isso não se trata de um valor absoluto, senão que relativo, devendo-se adequá-lo aos demais valores consagrados no próprio texto constitucional.⁴

3.1 - RESUMO DA CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA

Tem-se no Direito comparado – mais precisamente no Direito português – obra que se tem apontado como pioneira na tratativa do tema e, no Brasil, têm-se multiplicado os estudos sobre essa temática, muito rica, a exigir um resumo das posturas a respeito, para, depois, emitir a nossa modesta opinião.⁵

Procedo a uma síntese dos pensamentos desses autores.

PAULO OTERO parte da observação de que, na Constituição da República Portuguesa (CRP), em cujo país e sob cujo ordenamento (de resto, semelhante ao nosso, de onde afinal proveio) escreve, todas as atividades estatais – inclusive a política e a jurisdicional – estão subordinadas ao princípio da constitucionalidade. A validade de seus atos depende, pois, da conformidade com a constituição, na forma expressa no art. 3º, nº 3 da Constituição daquele país. Observa, porém, que a Constituição apenas estabeleceu mecanismos de controle jurisdicional das normas (legislativas e regulamentares), tendo sido excluído, naquele país, desse controle os atos políticos e os atos jurisdicionais. Acrescenta, ainda, que, mesmo assim, consagrou-se naquele país uma importante distinção: os atos políticos estão submetidos ao controle po-

⁴ - Como o faz Cândido Angel Dinamarco no artigo “Coisa Julgada: Relativizar a Coisa Julgada Material”, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19. Set-Out 2002, p. 05-31.

⁵ - Cf. “Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional”, Ed. Lex, Lisboa, 1993. No Brasil, destaca-se, entre outros: Paulo Roberto de Oliveira Lima, “Teoria da coisa julgada”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999 e, mais recentemente, em obra coletiva coordenada por Carlos Valder do Nascimento, “Coisa Julgada Inconstitucional”, com a participação de Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado (um dos primeiros autores brasileiros a versar o tema entre nós) e Juliana Cordeiro de Faria. Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2002.

lítico enquanto os atos jurisdicionais não no estão.⁶

Ressalto, porém, que essas observações não se ajustam inteiramente ao ordenamento jurídico brasileiro, em que mesmo os atos políticos podem ser apreciados pelo Poder Judiciário quando prejudiquem direito individual, na forma da garantia do art. 5º, XXXV da CF/88, somente deixando de ser sindicado pelo Poder Judiciário o ato político puro, como tal entendido o que não causa diretamente lesão ou ameaça de lesão a direito individual.

Em nosso país, os atos jurisdicionais, por sua vez, são controlados através dos inúmeros – e, às vezes, excessivos recursos. A falta do controle ou – como preferem os lusos – da fiscalização apontada se refere à coisa julgada (ou caso julgado) que ofenda a própria Constituição.

No exame da coisa julgada ou caso julgado inconstitucional, no entanto, o autor luso distingue entre as sentenças que transitam em julgado e que são inconstitucionais e aquelas que não reúnem o mínimo de requisitos essenciais para que possa produzir a eficácia própria da sentença, que considera como sentenças inexistentes e, como tal, não se enquadram na hipótese de caso julgado inconstitucional, para resumir a tipologia do caso julgado inconstitucional, às seguintes hipóteses:

1º - sentença judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional;

2º - sentença judicial que se funda em norma inconstitucional; e, por fim,

3º - sentença que recusa a aplicação de uma norma sob o fundamento de que é inconstitucional, sem que o seja.⁷

Mais adiante, o mesmo autor observa que conquanto a defesa da segurança e da ordem jurídica constitua princípio fundamental norteador de uma solução no sentido de limitar ou mesmo excluir

⁶ - Cf. "Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional", Ed. Lex, Lisboa, 1993, p. 31.

⁷ - Idem, *ibidem*, p. 63-65.

a relevância da inconstitucionalidade⁸, tem-se que o princípio da constitucionalidade de todos os atos públicos recomenda não se permitir que se consolide qualquer ato do poder público desconforme com a constituição, pelo que deve ser destruído. Não se diz, porém, como isso deve ser feito e qual o juízo competente para essa apreciação, parecendo-me, porém, que se refira ao Tribunal Constitucional.

Em nosso país, destaco, as concepções de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, CÂNDIDO DINAMARCO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JOSÉ AUGUSTO DELGADO, além de CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, como dos autores que trouxeram uma contribuição mais relevante ao tema, pelo que passo a examinar-lhes os respectivos fundamentos.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, eminente Desembargador Federal do TRF da 5ª Região e Professor Universitário em Maceió, parte da premissa de que a imutabilidade da coisa julgada não é tão absoluta quanto se imagina, por sustentar que não se trata sequer de um princípio constitucional.

Defende que deva ser necessariamente revista a sentença que ofenda o princípio da isonomia, para o que sugere a criação de uma ação de revisional da coisa julgada.⁹

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por sua vez, propõe que se relativize a coisa julgada, por considerar que muito embora constitua uma garantia constitucional e que o dispositivo constitucional *minus dixit quam voluit* – com que discorda do autor anterior – sustenta que, como advertiu PONTES DE MIRANDA, não se devia levá-la longe demais, por considerar que, como a coisa julgada

⁸ - Como o faz Kelsen ao sustentar que “O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial e última instância significa que está em vigor não só uma norma judicial de última instância, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade”. Cf. “Teoria Pura do Direito”, tradução ao vernáculo da obra *René Rechtslehre*, Martins Fontes Ed. Ltda., 1ª ed. brasileira, 1985, p. 285.

⁹ - Cf. “Contribuição à Teoria da Coisa Julgada”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 114-165.

não é em si mesmo um efeito, e, portanto, não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida. De conseqüência, a coisa julgada não se revestiria da autoridade de coisa julgada quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se.¹⁰

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR também examinou o tema. Procurou ajustar a inteligência do instituto à disciplina constitucional, para resumir as hipóteses em que a coisa julgada se revelasse diretamente ofensiva aos princípios constitucionais e sintetizar os mecanismos de controle existentes, para concluir que o vício de inconstitucionalidade provocava a invalidade de qualquer ato público, inclusive o jurisdicional, em razão do que a coisa julgada não poderia servir de empecilho ao reconhecimento da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal. Além disso, distinguiu a sentença nula de pleno direito, recomendando que o Tribunal quando examinasse alegações desse tipo de nulidade decretasse a eventual inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, para preservar os efeitos já produzidos, como ocorre no direito europeu, e, desse modo, não comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas.¹¹

JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Ministro do STJ, foi um dos pioneiros na abordagem do tema, desde a época em que era Juiz Federal em Natal, no Rio Grande do Norte. No resumo de uma das palestras que tem feito pelo Brasil inteiro, resume a preocupação da doutrina com as sentenças injustas, violadoras da moralidade e dos princípios constitucionais – portanto com uma abordagem

¹⁰ - Cf. “Relativizar a Coisa Julgada Material”, trabalho inserto na obra coletiva “Coisa Julgada Inconstitucional”, sob a coordenação de Carlos Valder do Nascimento, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2002, p. 33-76. O mesmo trabalho foi publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano IV, nº 19, Set-Out 2002, p. 5-31.

¹¹ - “A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos processuais para seu Controle”, trabalho inserto na obra coletiva “Coisa Julgada Inconstitucional”, sob a coordenação de Carlos Valder do Nascimento, já citada, p. 123-161 e, do mesmo modo, na mesma Revista Síntese, também mencionada, p. 32-52.

mais abrangente - para concluir que o princípio da coisa julgada é de natureza relativa, não podendo sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade, jamais podendo ser veículo de injustiças, pelo que a decisão judicial jamais poderia produzir resultados que materializassem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal. Sustenta, também, que a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista a qualquer tempo, quando apresentem vícios graves e/ou produzam conseqüências que alterem o estado natural das coisas ou estipulem obrigações que não estejam amparadas pelo direito.

Considera, pois, que a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, mas não se sobrepõe aos outros valores constitucionais que dignificam a cidadania e o Estado de Direito.¹²

Para finalizar essa breve resenha, tem-se o trabalho de CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, Coordenador da obra coletiva “Coisa Julgada Inconstitucional”, que traz valiosa contribuição sobre o tema, por analisar a abordagem de autores estrangeiros e nacionais, para concluir, com base em JORGE MIRANDA, a quem cita, que a validade da coisa julgada – como ato do Estado – deriva da Constituição, de modo que se não houver uma relação positiva entre esta (a coisa julgada) e a constituição, mas, ao contrário, houver uma contratação, implicará invalidade. Considera possível, pois, atacarem-se os vícios de nulidades da sentença, inerentes ao conteúdo de inconstitucionalidade, sem se sujeitar esse ataque a nenhum prazo predeterminado nem a nenhum procedimento específico.¹³

Penso, ademais, que se deve, no estudo do tema, levar em consideração o estudo que PONTES DE MIRANDA fez sobre a ação rescisória, quando distinguiu: “a) as sentenças inexistentes; b) as reformáveis; d) as rescindíveis (reformáveis antes de passar em julgado, isto é, recorríveis; depois do trânsito em julgado, isto

¹² - Cf. “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, trabalho inserto na obra citada “Coisa Julgada Inconstitucional”, p. 77-121.

¹³ - Cf. “Coisa Julgada Inconstitucional”, na obra homônima por ele mesmo coordenada, citada, p. 01-31.

é, rescindíveis)”¹⁴, que se pode resumir, em apertada síntese, às seguintes:

- a) Sentença inexistente;
- b) Sentença com nulidade *ipso iure*;
- c) Sentenças rescindíveis.

3.2 – NOSSA POSIÇÃO

O Direito possui uma natureza própria, essencialmente diversa das ciências das naturezas. Tornou-se lugar comum resumir essa diferença, como o fez KELSEN, com base em KANT, entre a ciência da natureza – dita ciência causal – e a ciência jurídica – ou ciência normativa. Para KELSEN, “a natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como *causa e efeito* (grifos nossos), ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural¹⁵, ela deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente do da causalidade... Na descrição normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, *diferente da causalidade* (grifos nossos), que podemos designar como *imputação* (este

¹⁴ - Cf. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo VI – arts. 476 a 495 – atualização legislativa de Sérgio Bermurdes, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 3ª ed. revista e aumentada, p. 191.

¹⁵ - Faz-se referência à célebre discussão a respeito de haver uma verdadeira ciência jurídica. Na insuperável introdução da obra de Claus-Wilhelm Canaris, na primorosa tradução que dela fizera para o vernáculo o eminente professor luso António Cordeiro, lembra que o autor que traduzia havia se valido da definição de sistema elaborado por Kant: *sistema é a unidade, sob uma ideia* (sic), *de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vistas unitários*, para concluir pela existência de um sistema científico jurídico, por sustentar que ela se aplicava inteiramente às relações estáveis que constituem o direito, criando um sistema interno, equivalente à lógica mínima “que permite destriçar o Direito do arbítrio puro”. Manteve-se a grafia portuguesa. Cf. “Introdução à Edição Portuguesa” da obra “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, p. LXIV.

grifo é do original)”.¹⁶

Por essa razão, KARL ENGISCH já chamava a atenção para as dificuldades e dúvidas que se apresentam no campo da ciência do Direito (jurisprudência, como também o menciona), que usualmente não são encontrados noutros domínios científicos. Enumera alguns exemplos para resumir essas dificuldades e dúvidas, com menção ao exemplo da insurgência feita por um estudante de medicina, na época em que o autor ainda era estudante de direito. Refere-se – nesse exemplo – ao então § 1589 do Código Civil Alemão (já revogado), de que “Um filho ilegítimo e os seus pais não são parentes”, por considerar que tal disposição revelava o arbítrio dos juristas.¹⁷

Considerarei importante começar a explicar nossa opinião a respeito da coisa julgada - tema tão discutido ultimamente - por esclarecer que não me parece que as questões que o tema suscita possam ser resolvidas com as técnicas das ciências da causalidade ou das ciências da natureza porque o Direito tem uma natureza própria, onde – na observação de RECANSÉS SICHES – impera outro tipo de lógica, que denominou *la lógica del humano e del razonable*. Há problemas de interpretação jurídica para os quais absolutamente não serve a lógica tradicional porque esta é meramente enunciativa do ser e do não ser, porém não contém pontos de vista de valor nem faz estimativas sobre a correção dos fins nem sobre a congruência entre os meios e os fins, muito menos sobre a eficácia dos meios em relação a um determinado fim.¹⁸

Adoto uma postura a respeito da relativização da coisa julgada, que se resume aos seguintes aspectos:

¹⁶ - De que decorre a célebre distinção entre o ser (*sein*) e o dever ser (*sollen*). Cf. “Teoria Pura do Direito”, tradução ao vernáculo da obra *René Rechtslehre* por João Baptista Machado, Ed. Martins Fontes, 1ª edição brasileira, 1985, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, p. 84 e s.

¹⁷ - Cf. “Introdução ao Pensamento Jurídico”, tradução ao vernáculo do original alemão *Einführung in das Juristische Denken*, por Karl Engisch, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, p. 16.

¹⁸ - Cf. “Tratado General de Filosofia del Derecho”, Ed. Porrúa S/A, México, 1961, 2ª ed., p. 646.

A - A coisa julgada é uma garantia constitucional, mas não é absoluta;

B - Para impugnação das sentenças injustas se deve distinguir entre as sentenças inexistentes (antigas *sentenças nenhumas* do antigo Direito português) e, como assim as considero, as que ofendem princípios constitucionais, a que não deve ser dado tratamento igual ao das sentenças com nulidade *pleno iure* e ao das sentenças rescindíveis;

C - A relativização da coisa julgada se dará no plano de aplicação dos princípios, com as regras criadas para eliminar-lhe a colisão.

3.2.1 - A COISA JULGADA É UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Em razão disso, a primeira observação se dirige à notável contribuição do Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA quando – reproduzindo o pensamento do extraordinário PONTES DE MIRANDA – transcreve-lhe as lições a respeito da obrigatória incidência da norma com os inapeláveis efeitos que daí decorrem (o autor insiste na existência do fenômeno da *obrigatória* anterioridade do direito em face de sua aplicação judicial)¹⁹. Afinal, o próprio PONTES DE MIRANDA – autor que o inspira – já havia observado que:

*“Pensar-se que é essencial ao processo a apuração da verdade, como é essencial à ciência, revela que não se leva em conta terem existido períodos em que não se tinha tal escopo, e ainda hoje o juiz tem por fatos verdadeiros circunstâncias ou situações que não o são. **Tampouco é essencial ao processo realizar o direito objetivo, porque o elemento pacificador superou a esse, em muitas épocas. Tempos houve em que o processo, em vez de realizar, criava o direito. Ainda hoje ele cria** (grifos nossos). É de esperar-se que, dentro das futuras planificações econômicas, a sua cria-*

¹⁹ - Cf. “Contributo à Teoria da Coisa Julgada”, ob. cit., p. 90-92.

ção dentro delas, seja enorme. O que lhe é essencial é aplicar o direito. Não há aplicação do direito preexistente. Aplica-se, também, o direito que se revela no momento, coincidindo então incidência e aplicação espontânea quando a lei manda que no dia tal se pratique o ato tal e as pessoas, sujeitas a elas, obedecem. (Voltamos a grifar. A única palavra sublinhada corresponde ao grifo do original).²⁰

Não me parece que tal fenômeno possa ser reduzido a essa dimensão tão singela: Dado o fato previsto na norma é a consequência nela prevista. Afinal, a norma jamais incidirá automaticamente sobre o fato. Há necessidade de que se a faça incidir. Na verdade, como já havia observado CARLOS COSSIO, a norma incide sobre a conduta humana e esta é ontologicamente livre, de modo que a norma é meramente atributiva e não obrigatoriamente impigidora de efeitos. Daí a conhecida fórmula, repetida por seu discípulo mais entusiasta A. L. MACHADO NETO:

“Dado um fato temporal (FT) deve ser a prestação (P) pelo sujeito obrigado (SO) em face do sujeito pretensor (SP), *ou*, dada a não-prestação (NP) deve ser a sanção pelo funcionário obrigado (FO) em face da comunidade pretensora (CP).²¹

Não se pretende afirmar que o juiz cria o direito quando aplica a norma ou faz incidir a sanção que dela decorre.²²

²⁰ - Cf. “Comentários ao CPC”, Tomo I – arts. 1º a 45 – obra com atualização legislativa de Sérgio Bermurdes, 5ª ed. revista e aumentada, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. XXVIII.

²¹ - Cf. “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1969, p. 1280-181.

²² - Como já dissemos no 1º volume desta obra, com lastro em Carnelutti, muito embora o homem seja livre para realizar ou não um ato previsto em lei – e até realizá-lo contra o que determina a lei – podendo escolher entre a obediência ou a desobediência da lei, não é absolutamente livre para evitar as consequências dessa desobediência, daí porque a liberdade é freada com a responsabilidade. Cf. “Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo”, ob. cit., p. 20.

Por outro lado, não se pode reduzir o juiz a um mero aplicador da lei, qual um autômato, como ocorria na chamada “Escola da Exegese”, quando se sustentava que a sentença judicial deveria fundamentar-se exclusivamente no texto legal, pois a interpretação se resumia a uma exegese dos textos legais e tinha por finalidade a descoberta da intenção psicológica do legislador.²³

Afinal, como bem observou FRANCESCO FERRARA, “O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a *viva vox iuris*”.²⁴

Em resumo: muito embora se deva enfrentar o tema buscando corrigir os excessos da coisa julgada, de que a sentença – que lhe serve de fundamento – não se deve tomar como princípio que esta se resume à mera aplicação da norma, pois embora a sentença não crie direito²⁵, o revela na sua dimensão concreta. Penso que a coisa julgada consiste numa garantia constitucional. Diversamente do que escreveram autorizados autores, não me parece que a constituição não a tenha regulado e que a questão deva ser examinada no plano da lei ordinária. Não é assim.

O dispositivo constitucional soa: Art. 5º, XXXVI – *A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Faz-se referência à obra de Carnelutti “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago S. Melendo, vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989, p. 2 e 3.

²³ - Tal como observou A. L. Machado Neto, ob. cit., p. 27.

²⁴ - Cf. “Interpretação e Aplicação das Leis”, trad. de Manuel A. Domingues de Andrade, Armênio Amado Editor, Sucesso, Coimbra, 1987, 4ª ed., p. 111.

²⁵ - Muito embora muitos autores sustentem que a sentença cria direito, a exemplo de Kelsen para quem “... a função judicial é, como a legislação, tanto *criação* (o original não está grifado) quando aplicação do Direito”. Cf. “Teoria Geral do Direito e do Estado”, tradução ao vernáculo da obra *General Theory of Law and State*, por Luís Carlos Borges, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990, 1ª ed. brasileira, p.139.

Trata-se de uma garantia que, a primeira vista, foi dirigida apenas ao legislador, mas que – como advertira CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO – o constituinte *minus dixit quam voluit*. Essa garantia também se aplica aos juízes que são proibidos de exercerem a jurisdição outra vez sobre o caso e, ainda, às partes, que já não têm o direito de ação ou de defesa de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida²⁶.

Destaco, mais, nesse sentido o convincente escólio de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que, ao se pronunciar sobre a grande relevância social do instituto da coisa material, que a CF assegura, nos termos do art. 5º, XXXVI e que a lei processual disciplina, nos arts. 467 e s., assim se expressou:

“Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional”.²⁷

A redação do dispositivo foi influenciada pela mesma tendência registrada à época em que se constitucionalizou o direito de ação, entre nós.²⁸ Com efeito, a CF/1946, que acolheu pela primeira vez entre nós o direito de ação, também construiu a garantia como uma vedação dirigida ao Legislativo:

“Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos²⁹ seguintes:

²⁶ - Cf. “Relativizar a Coisa Julgada”, artigo na obra coletiva “A coisa Julgada Inconstitucional”, ob. cit., p. 54.

²⁷ - Cf. “Relativizar a Coisa Julgada”, artigo inserto na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil”, nº 19, Set-Out 2002, p. 5-31, mais precisamente p. 7.

²⁸ - Idem, ibidem mesmo artigo “Relativizar a Coisa julgada” do mesmo autor, ob. cit., p. 17.

²⁹ - Manteve-se a grafia da época.

§ 1º - *Omiss*.....

§ 2º - *Omiss*.....

§ 3º - *A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada* (Dei destaque).

§ 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do judiciário qualquer lesão de direito individual*".

Como se observa – sem grande dificuldade – ambas as garantias foram criadas para estabelecer limites à atuação do Poder Legislativo: tanto em respeito ao direito de ação quanto em respeito à coisa julgada. Ninguém jamais ousou dizer, porém, que a garantia do direito de ação não se tratava de uma garantia constitucional e que reclamava tão somente disciplina legal – infraconstitucional. Creio que tampouco se pode fazer tal afirmação em respeito à coisa julgada. Na verdade, ambos os dispositivos revelam a poderosa influência de ideologia liberal – existente à época – que visava pôr cobro à atividade estatal, normalmente exercida através da feitura de leis, para que jamais atingisse o monopólio do Judiciário na apreciação de eventuais lesões ao direito individual, nem prejudicasse a garantia constitucional que se dava – e se continuou a dar nos textos constitucionais seguintes - com exceção da Carta Ditatorial de 1937 que, em respeito ao direito de ação, apenas referia, no art. 122, nº 7 – *O direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral*.³⁰

Tenho, pois, que se deve respeitar a coisa julgada como um importante instituto que visa garantir, constitucionalmente, que o Estado respeite os direitos já reconhecidos judicialmente. É inspirado, pois, pelo princípio da segurança jurídica. Muito embora se trate de um direito individual nem por isso ele é absoluto. Aliás, se a coisa julgada fosse um direito absoluto, não se reconheceria sequer o direito de impugná-la através da ação rescisória, enquanto não expirado o prazo de decadência.³¹ Nesse sentido, deve-se

³⁰ - Novamente manteve a grafia à época.

³¹ - Galeno Lacerda observa que a coisa julgada não constitui presunção absoluta em prol do vencedor. Em sistema como o nosso em que se admite a ação rescisória e, portanto, se adota a revisão da coisa julgada, tal presunção

observar que o modismo que ora se instalou de buscar-se a relativização da coisa julgada – como posto em ressalto por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO – apenas para:

“... buscar soluções benéficas ao Estado sem pensar nos adversários dos entes estatais e em todos os sujeitos que, de algum modo, tenham sua esfera de direitos comprimida pelos rigores da coisa julgada”.³²

3.2.2 – A DISTINÇÃO A SER FEITA ENTRE SENTENÇAS INEXISTENTES, *NULAS IPSO IURE*, RESCINDÍVEIS E OFENSIVAS À CONSTITUIÇÃO

Creio que dessa constatação se pode extrair algumas conclusões.

A primeira dela é a atenção que se deve ter – como acentuado pelo Prof. PAULO OTERO – a respeito da existência no direito Português, desde as Ordenações Afonsinas, de onde proveio o nosso ordenamento jurídico, de dois tipos de sentenças: A primeira diz respeito a que era contrária ao direito expresso, ou seja, a sentença que violava o direito objetivo, que se tinha por *sentença nenhuma ou de nenhum efeito*.³³ Correspondem às sentenças ine-

assume caráter relativo. Cf. “Comentários ao CPC”, vol. VIII, Tomo I (arts. 796 a 812). Ed. Forense, 1981, Rio de Janeiro, p. 63.

³² - E o autor conclui esse raciocínio: *Repudio os privilégios dados pela lei processual ao Estado, que reputo de índole fascista; sou um crítico do Estado-inimigo, que litiga e resiste em juízo com a consciência de não ter razão, abusando do direito de recorrer com o objetivo de postergar a satisfação de suas vítimas; reputo indecente a prática de legislar mediante medidas provisórias destinadas a ampliar os privilégios do Estado em juízo e combato as repetidas indulgências de juízes para com os entes estatais, a dando da garantia constitucional da isonomia*. Cf. “Relativizar a Coisa Julgada”, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, Set-Out 2002, p. 05-31, mais precisamente p. 28.

³³ - Cf. “Ordenações Filipinas”, Livro III, Título LXXV: *A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se póde oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e, portanto, não he necessário ser della appellado*. Manteve-se a grafia original. Cf. “Ordenações Filipinas”, livros II e III, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985, p. 684.

xistentes, na concepção moderna, a respeito da qual não há necessidade de impugnação por ação rescisória, bastando opor, a qualquer tempo, a ação declaratória de inexistência, como ensina TERESA ARRUDA ALVIM.³⁴ E a segunda – na observação do mesmo mestre luso, era a sentença que “é dada contra direito da parte”, ou seja, a sentença que violava, na redação do original, *direitos subjectivos das partes em litígio*, que eram consideradas – ainda no direito antigo português – *sentenças algumas*.³⁵

Como é fácil observar, essa distinção já tinha sido feita entre nós por PONTES DE MIRANDA, na diferenciação estabelecida entre as sentenças inexistentes (correspondentes às sentenças nenhuma do antigo direito Português), as sentenças nulas *ipso iure* e as sentenças rescindíveis (que tenho por correspondentes às sentenças algumas do mesmo antigo Direito português).³⁶

Não se pode definir uma mesma disciplina para todas elas, por cometer-se erro epistemológico gravíssimo, por não se atentar para as diferenças próprias de cada espécie.

3.2.3 - A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DESTINADAS À SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em respeito às *sentenças algumas* - que tenho por sentenças rescindíveis – a única impugnação possível e a da ação rescisória, segundo a disciplina do CPC. Quanto às sentenças eivadas de nulidades *ipso iure*, tem-se que tal nulidade prescinde de ser alegada em ação rescisória, pois que pode ser alegada a qualquer tempo. Como explica o mesmo PONTES DE MIRANDA:

“... se a sentença é nula *ipso iure*, existe, porém não vale: se não vale, de pleno direito, não se preci-

³⁴ - Cf. “Nulidades do Processo e da Sentença”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 4ª ed., revista e ampliada, p. 349.

³⁵ - Cf. “Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional”, Ed. LEX, Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, p. 53-54.

³⁶ - Cf. “Comentários ao CPC”, Tomo VI – arts. 476 a 495 – obra com atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 3ª ed. revista e aumentada, p. 193.

sa de 'ação' contra ela. Ao ser invocada, opõe-se que é nula *ipso iure*. Se alguém alegá-lo, pode fazê-lo quando entenda, sem esperar a citação na ação *iudicati*".³⁷

No que se refere à coisa julgada inconstitucional – assim entendida como aquela que contraria normas constitucionais – o que envolve tanto as normas-princípios quanto às normas-regras - pode-se relativizá-la aplicando-se-lhes as regras destinadas à solução dos conflitos constitucionais, quando disser respeito às primeiras (normas-princípios) ou da colisão dos conflitos, com ensina ROBERT ALEXI. Como se sabe, este autor escreveu que os princípios podem ser entendidos, em última instância, como uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, embora os princípios mesmos não sejam nunca razões definitivas. Considerando-se, ademais, que os princípios são mandatos de otimização em respeito às possibilidades jurídicas e fáticas e se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto e para chegar a uma decisão, é necessário proceder-se a uma ponderação sobre o sentido da lei de colisão.³⁸

Quando a coisa julgada contrariar norma-regra constitucional, no entanto, parece-me que se revela como sentença rescindível porque viola literal dispositivo da lei, no caso da lei constitucional, como se voltará a examinar adiante.

Assim penso por considerar que na hipótese anterior – coisa julgada que briga com princípio constitucional – se revela como uma colisão de princípios constitucionais: o da segurança, em respeito à coisa julgada e o de justiça constitucional em respeito ao outro princípio acaso afrontado. A ponderação a ser feita corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade e este pode ser entendido, como ensinou, entre nós, PAULO BONAVIDES, com apoio em PIERRE MULLER, em um sentido amplo, como a regra

³⁷ - Idem, *ibidem*.

³⁸ - Cf. "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 102.

fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Num sentido estrito, se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.³⁹

Para este autor, este princípio contém três elementos parciais que podem ser considerados com subprincípios.

O primeiro deles é a pertinência ou **aptidão** (*Geeignetheit*), consistente no exame do meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público, quando se busca a **adequação**, a conformidade ou a validade do fim, em razão do que logo se percebe que esse elemento se identifica com a vedação do arbítrio (*Übermassverbot*). Tem-se identificado esse elemento apenas como a busca da adequação. O segundo deles é a **necessidade** (*Erforderlichkeit*), consistente na exigência de que a medida a ser adotada não vá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, de tal maneira que uma medida somente pode ser adotada ou ela somente se torna tolerável quando se torna necessária.

Por fim, a **proporcionalidade stricto sensu**, quando se aprecia, no caso concreto se, dentre os meios existentes, foi empregado o que melhor levou em conta os interesses em jogo.⁴⁰

Parece-me que se pode – e, sobretudo, se deve – relativizar a coisa julgada por desconsiderá-la quando se alegue que a sentença que lhe serviu de suporte é uma sentença inexistente – correspondente às sentenças nenhuma portuguesas – o que pode ser feito, como ensina TERESA ARRUDAALVIM⁴¹, através da propositura de uma ação declaratória em que se busque a declaração da inexistência de uma relação jurídica, exatamente a de que tal sentença não se revestiu da autoridade de coisa julgada por ser inexistente, como também e, por meio semelhante – simples ação

³⁹ - Cf. “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, 7ª ed., 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada, p. 356-357.

⁴⁰ - Idem, ibidem, p. 360-361.

⁴¹ - Cf. “Nulidades do Processo e da Sentença”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 4ª ed., revista e ampliada, p. 374.

declaratória – se pode impugnar a existência de coisa julgada, quando, apesar de tratar-se de sentença alguma, na forma das Ordenações portuguesas, se argumentar – e se demonstrar, certamente – que a sentença impugnada ofendeu algum princípio constitucional, cuja solução exigirá do magistrado a proficiência no manejo da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Penso que a sentença que ofende norma constitucional – norma-regra constitucional – desafia a ação rescisória por ofensa a literal disposição da lei constitucional. Nesse passo, acompanho, com a excusas devidas a quem pensa de modo diverso, inclino-me à maneira de pensar de TEORI ALBINO ZAVASCKI que, em obra recente, chamou a atenção para a natural vocação expansiva das decisões do STF sobre a constitucionalidade das normas, quando observou que mesmo no controle difuso, quando o pronunciamento da suprema Corte está fadado a produzir efeitos limitados às partes entre as quais é dada a decisão, a decisão sobre a invalidade de uma norma projeta efeitos *erga omnes*, pois observa: “Sabe-se, com efeito, que as sentença proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes. Nesses casos, a certificação judicial da existência ou inexistência do direito questionado tem eficácia subjetiva limitada aos figurantes da relação processual. Não beneficia nem prejudica a terceiros. *Todavia, se, para chegar à conclusão a que chegou, o julgado tiver feito um juízo - positivo ou negativo – a respeito da validade de uma norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações*”.⁴²

Em razão disso, o autor resume uma série de situações em que se percebe o predomínio da decisão do STF, sendo relevante transcrever o que escreveu em respeito à rescisão da sentença que contraria decisão da suprema corte, ainda que proferida em

⁴² - Os grifos são nossos. Cf. “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 25-26.

controle difuso:

“Segunda situação: rescisória contrária a precedente do STF tomado no exame do caso concreto (controle difuso). O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é.

*Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância perante o pronunciamento da Suprema Corte. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPCV, art. 481, parágrafo único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso”.*⁴³

Por essa razão, considero inteiramente constitucional – com as vênias devidas a quem também pensa de modo diverso – o parágrafo único acrescentado o art. 741 do CPC pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, muito embora abomine – pessoalmente – o fato de ele ter sido ali posto através de Medida Provisória. Acrescento, porém, que quando se admite que a sentença que ofenda norma constitucional - norma-regra constitucional, bem entendido – possa ser atacada por ação rescisória, à invocação do permissivo do art. 485, V, do CPC, implica também se aceitar que nada mais poderá acontecer quando a sentença rescindível se torna coisa soberanamente julgada, quando se ultrapassa o biênio decadencial a que alude o art. 495 do CPC. Nada disso acon-

⁴³ - Os grifos são nossos. Cf. a mesma obra citada na nota, anterior, p. 135-136.

tece, porém, quando a sentença, ainda que trãnsita em julgado agride norma-princípio constitucional porque, nessa hipótese, se terá uma situação onde a desconstituição da coisa julgada radica na relativização desse instituto, cuja solução – como já demonstrado anteriormente - implica a solução de um conflito de princípios constitucionais: o da segurança que lastreia a coisa julgada e o outro princípio que se alega haver sido desobedecido pela sentença. A solução desse conflito, evidentemente, não se submete a nenhum prazo nem se resolve através da ação rescisória.

Tenho conhecimento da segura contribuição de BRUNO NOURA DE MORAES RÉGO em respeito ao que denominou de “novo ciclo do cabimento da ação rescisória fundada em divergência na interpretação constitucional”, em que sustenta descaber tal ação com fundamento no art. 485, V, do CPC, por considerar que o controle de constitucionalidade não produz efeito retroativo e deve respeitar a coisa julgada.⁴⁴

Considero, porém – como já mencionei – que a coisa julgada não é um valor absoluto e que quando a sentença se fundamenta numa lei que foi julgada constitucional pelo STF, em qual quer espécie de controle – concentrado ou difuso – se pode muito bem rescindi-la à invocação da hipótese do art. 485, V, do CPC.

Nessas hipóteses, tenho convicção de que o julgamento dessa sentença violou a lei constitucional, que por ser a lei maior nem por isso perdeu a natureza de lei para caracterizar a hipótese.⁴⁵

Para encerrar essas considerações em desprezioso trabalho que se limita a provocar a reflexão sobre o tema, observo que muito embora o Dr. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, em excelente trabalho, haja porfiado pela criação de uma ação específica para promover-se a relativização da coisa julgada, como se fora uma repetição da ação rescisória, penso que isso não se

⁴⁴ - Cf. “Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, p. 373 e s.

⁴⁵ - Acompanhamento, nesse sentido, o mesmo Teori Albino Zavascki, ob. cit., p. 129 e s.

ria conveniente por duas razões básicas: a primeira, por repetir uma ação já existente, com a diferença de lhe retirar o prazo decadencial fixado para a anterior, o que implicará enorme esforço apenas para repetir uma estrutura já existente. Depois, por me parecer que a ação declaratória, já mencionada por TERESA ARRUDA ALVIM, é perfeitamente satisfatória para solução do problema, em respeito às nossas *sentenças nenhumas* – herdadas do antigo direito português, não havendo nenhuma necessidade de criar-se qualquer ação específica para combater as sentenças com nulidade *ipso iure*, cujo vício pode ser alegado a qualquer tempo. Por fim, quando se tratar de sentença que se funde em norma julgada inconstitucional ou constitucional pelo STF – conforme o caso – no exercício de qualquer dos controles, se poderá rescindir a sentença, com fundamento no art. 485 do CPC, por violação de literal disposição da lei constitucional.

O PROMOTOR NATURAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 - Síntese do julgado no RE 387974. 3 - A jurisprudência do STF sobre o princípio do promotor natural. 4 - Considerações doutrinárias sobre o promotor natural. 5 - A estrutura constitucional do Ministério Público brasileiro em face de alguns congêneres de outros países. 6 - Normas positivas que consagram o princípio do promotor natural no Brasil. 7 - Outras considerações. 8 - Conclusão. 9 - Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Com a publicação, no *Informativo STF* n.º 328², de uma suma do julgamento do RE 387974-DF, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, já noticiado no n.º 326 do mesmo informativo, sob a rubrica *Assistente da Acusação – Legitimidade para o RE*, começou a correr nos meios forenses a informação de que o Colendo Supremo Tribunal Federal haveria afirmado a inexistência, em nosso sistema jurídico, do *princípio do promotor natural*.

Conquanto o venerando acórdão em referência se ache ainda pendente de publicação, o resumo publicado no órgão oficioso do STF parece suficiente, *quantum satis*, para uma análise da questão.

¹ Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP e Professor de Teoria Geral do Processo.

² 3 a 7 de novembro de 2003.

2. SÍNTESE DO JULGADO NO RE 387974

Conforme o sumário oficioso do voto condutor da ilustre Ministra ELLEN GRACIE, nos termos em que publicado, a Douta 2.^a Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário em epígrafe - naquilo que de momento interessa ao presente trabalho -, decidiu o seguinte:

“No tocante ao mérito, adoto a posição que foi fixada pela maioria da Corte no julgamento do HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 01.07.93. Naquela ocasião o Plenário rejeitou a tese do promotor natural. Ao seu expresso afastamento (entendimento manifestado pelos Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Paulo Brossard e Octavio Gallotti), somou-se a posição mais cautelosa, embora concorrente, dos Ministros Sydney Sanches e Celso de Mello, para quem a intervenção legislativa se faz necessária para tornar possível a aplicabilidade do princípio. Acrescento-lhes a excelente análise que sobre o tema fez o em. Subprocurador-Geral da República Dr. Edinaldo de Holanda Borges em parecer que ofereceu nestes autos:

‘ ...

O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

Estabelece o § 1º do art. 127 da Constituição Federal: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. Essa é a regência fundamental, o arcabouço normativo sobre o qual repousa toda edificação jurídica e doutrinária do Órgão que a história denominou de Ministério Público.

Sobredito alicerce constitucional do império normativo, da concepção de KELSEN, cria um parâmetro jurídico-ideológico que limita e conduz toda conceituação do Ministério Público em suas esferas ônticas do exercício funcional.

Essa diretiva fundamental, elevada a nível constitucional, não só define o Órgão, como o distingue e o separa dos Poderes constituídos, sobressaindo características inominadas e próprias. Tais predicamentos constitucionais individualizadores separam e distinguem o Ministério Pú-

blico do Poder Judiciário, evitando que as normas nucleares de ambos sejam confundidas, na dimensão do desempenho funcional. O provento professor Claus Roxin, da Universidade de München (Munique) na Alemanha, entreviu em página gloriosa referida distinção, litteratim:

[...]

Para Cerletti, é de relevância processual estabelecer a diferença entre as funções do Ministério Público e do Juiz, evitando-se o que ele chama de perigosa confusão das atuações de ambos (Ministério Público en el nuevo Código Procesal de la Nación, "Ad-Hoc", pg. 120). Por sua vez, Eberhard Schmidt assinala que a solução não é disfarçar o Ministério Público em semi-juiz, pois isto transformaria o Estado em um inquisidor, pois coincidiriam as duas funções, do Juiz e do Ministério Público, em uma mesma função, quando diversamente ao Juiz deve ser reservada a administração da Justiça e ao órgão Ministerial a função de perseguição, só assim podendo ser estabelecido o postulado do "devido processo" (El Ministerio Público en el Proceso Penal, "Ad-Hoc", pg. 120).

O grande jurista alemão Claus Roxin, entretanto, vê um pouco além. Para ele, três foram os fins principais da criação do Ministério Público. Primeiro, a abolição do processo inquisitivo antigo, evitando a concentração em uma só mão, a do Juiz, dos poderes de perseguir e de julgar. Segundo, para atender ao primado fundamental do Estado de Direito, que exige o simultâneo exercício das funções de "acusador e de fiscal da lei". Só deve perseguir (investigar e acusar), no Estado de Direito, quem se obriga pela fiscalização do cumprimento da Lei. Só essa simultaneidade de funções confere ao Estado de Direito o atributo sobressalente de Estado Democrático de Direito, posição igualmente defendida pelo maior jurista alemão, o insigne Savigny.

A terceira finalidade da criação do Ministério Público, prossegue ROXIN, reside no controle sobre a polícia, exercício também inerente ao Estado de Direito, ponto de vista igualmente defendido por SAVIGNY, que sinaliza com a necessidade de conferir uma base jurídica à investiga-

ção, evitando-se as lesões jurídicas praticadas pelos agentes da Polícia (El Ministerio Público en el Proceso Penal, pg. 42).

Do sobredito paralelo entre as funções judicante e ministerial avulta a diferença que se irradia entre o poder de iniciativa e o poder de decisão. Se ambos não se identificam em sua estrutura formal, também não o fazem em seus princípios regentes. A Teoria Fixista do Juiz Natural, que emana do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal se contrapõe ao princípio constitucional da indivisibilidade que compõe o Ministério Público (§ 1º do art. 127).

Pelo princípio da indivisibilidade, todos os Membros do Ministério Público são reciprocamente substituíveis, tornando o órgão uma totalidade homogênea, o que se contradiz com a noção de Promotor Natural, que traduz uma prefixação unitária.

São dois princípios constitucionais de regência diferente e que se contrapõem em termos e finalidade. O Juiz Natural é garantia individual de julgamento independente. A indivisibilidade é postulado de garantia coletiva da defesa de bens sociais e públicos, que não pode ser fixado em apenas um Membro, mas em todo o Órgão.

Pelo princípio da indivisibilidade cada Membro representa o órgão todo, porque o interesse que titulariza é coletivo e não de uma individualidade concreta. Sendo indisponível o interesse representado pelo Ministério Público, a não fixação de Membro (a não ser por distribuição interna e vulnerável do serviço) significa a natureza da totalidade homogênea do Órgão.

Segundo o escólio de Magalhães Noronha (Curso de Direito Processual Penal, 259 ed., pg. 33), o princípio da unidade é a subordinação hierárquica única, não podendo haver fracionamento intermediário da chefia. Enquanto o princípio da indivisibilidade constitui a recíproca substituição dos Membros, para que o órgão componha um todo unitário e não fracionário, só sendo possível a divisão interna de serviço, porque aí o Membro deixa de exercer, mas não está proibido do exercício de certas funções.

A assertiva de inaplicabilidade dos princípios regentes do

Juízo ao Ministério Público é postulado universal. K. Siegert, em sua obra *L'Indipendenza del Pubblico Ministero*, afirma que a independência substancial do Ministério Público não autoriza a aplicação das regras do Juízo, “in verbis”:

[...]

No mesmo sentido é a lição de Bruzzone, em seu trabalho “*Fiscales Y Política Criminal*”, que reflete textualmente a doutrina de Sancinetti e Julio Maier, em termos:

[...]

A diferença sobranceira que se estabelece entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, na lição de Bruzzone, é a conotação política de suas funções. Ao Ministério Público compete a realização da política criminal da sociedade organizada. A missão do Poder Judiciário, dizia ele, reside no controle e interpretação da lei penal, material e formal, mecanismo pelo qual se ampliará ou se limitará o campo de punibilidade e, em consequência, a perseguição e investigação. E acrescenta, esta é a única função, no que se refere à investigação da criminalidade e sua aplicação através do processo. Investigar um delito assumindo funções policiais ou quase policiais é tarefa de órgãos administrativos, não do órgão jurisdicional (*Ibidem*, pg. 204).

As questões relativas à perseguição do delito têm conteúdo político, segundo o autor sobremencionado, porque realiza o programa do Governo de combate à criminalidade. E conclui Bruzzone:

[...]

Essa conotação constitui a diferença que conduz SIEGERT a afirmar a impossibilidade de aplicação dos princípios que regem o Juiz ao Ministério Público. Para tanto, DOMINIONI distingue para o Ministério Público a independência funcional e independência de “status”, qualificando a primeira de hipocrisia institucional (*Per un collegamento fra Ministro della giustizia e pubblico ministero*, pg. 67).

A DESTITUIÇÃO DE FUNÇÕES SEM LEI

Se dois postulados constitucionais, o do Juiz Natural e o do Princípio da Indivisibilidade, estruturam fundamentalmente dois órgãos, não é razoável, nem jurídica, a aplicação inversa das regras, conferindo à estrutura de um órgão o alicerce normativo do outro. Estender a regra fixista do Juiz Natural, para criar o Promotor Natural, é dividir as funções do Ministério Público, em contraposição à indivisibilidade constitucional. É afronta ao princípio da não contradição emanado da lógica formal.

Além do mais, resulta da noção do Promotor Natural outra contradição de natureza processual. Consiste em conferir direito a uma parte sobre a outra parte. Seria direito sobre a contradição do próprio direito. As garantias democráticas estatuem regras, limites dos julgamentos, que são restritivas de direitos, não à acusação, que apenas provoca a jurisdição e já se encontra submetida ao controle do Poder Judiciário.

Em seu “Programa”, Carrara define as funções do Ministério Público, elencando em suas primeiras enumerações: [...]

Com mais amplitude, conceitua a Constituição Federal o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional, e estabelece, como suas funções, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). A estatuição constitucional das funções não se refere ao Membro do Ministério Público, mas à Instituição como um todo. Por conseguinte, cada Membro está investido da totalidade das funções do órgão, não sendo possível seccioná-las. O Membro do Ministério Público pode, pela divisão interna dos serviços, deixar de exercer algumas funções, o que não pode é ser impedido do exercício de qualquer função, ante essa divisão. É a aplicação do postulado da categoria da totalidade, da lógica científica, pelo qual o Membro do Ministério Público sempre estará investido da totalidade de suas funções. A noção foi entrevista por Alcalá-Zamora Y Castillo, para quem “La frase le ministère public est un et indivisible transcende a la actu-

ación de los funcionarios que lo integran, quienes, como en alguna ocasión se há dicho, han de ser eco del criterio del Cuerpo que los delega (...)" (Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Tomo I, pg. 388).

O estabelecer, em analogia com o Poder Judiciário, a prefixação do Promotor Natural, o ato exclui, sem previsão normativa, os demais Membros de suas funções constitucionais. Pior ainda: sem previsão normativa, como no caso sob apreciação, condena-se o exercício de outro Membro à contaminação processual nulificadora. "Quid Juris?".

Se o império normativo não estabelece a regra fracionária do Promotor Natural, o ato que impõe rege-se pelo império do subjetivismo, em contraposição ao Estado Democrático de Direito. Se, além do mais, a regra fragmentária imposta se conflita com o império da normatividade, fracionando onde era proibido dividir (princípio da indivisibilidade), o subjetivismo que daí desponta alcança as raias da arbitrariedade. O trânsito histórico do direito conduziu o pensamento jurídico no sentido da norma positiva e não no sentido da presunção eidética. O Positivismo Jurídico sepultou as especulações metafísicas do Direito. É famosa a afirmação de Bluntschli, para quem, não há Direito vagando pelo espaço, entre as estrelas (*Die neuen Rechtschulen der deutschen Juristen*). Segundo BOBBIO, com base em Kelsen, o Direito é a LEI, sem atividade valorativa, que pertence ao legislador (*El Positivismo Jurídico, Debate, Madrid, 1993*). Essa divisão de atividades, entre o legislador e o aplicador da LEI, é importante para todos, pela estabilidade jurídica que representa. HECK, da Escola de Tubinga, vincula a sujeição do Juiz à Lei para a obtenção da liberdade plena, do direito seguro, uma harmonia completa. Para ele, a LEI é uma preciosa conquista dos povos civilizados (citação de Badenes Gasset, *Metodología del Derecho, Barcelona, pg. 231*).

Welzel cita Karl Bergbohm, para quem, "se o juiz não adota o ponto de vista de que Direito é só o Direito Positivo, seja qual for o seu conteúdo, se verá envolvido nos conflitos

os mais insolúveis”. E prossegue o sobredito autor: “como direito, todo outro Direito, que não seja o positivo, é um contra-senso” (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, pg. 539).

“In casu”, nem há regra jurídica estabelecendo a fixação do Promotor Natural, nem há, no sistema de nulidades processuais, preceito que estabeleça contaminação processual a partir do exercício de Membro diferente. Ao contrário, negou-se ao Procurador da República designado para a ação a investidura constitucional em seu ofício, como Membro do Ministério Público. E a partir da inconstitucionalidade desse entendimento cria-se uma eiva derivativa de nulidade que se estende sobre a ação jurídico-penal.

A predeterminação fixista do Promotor Natural não só investe contra o postulado constitucional da indivisibilidade, como se conflita com o princípio da devolução, também regente do Ministério Público e inscrito na norma emergente do art. 28 do Código de Processo Penal.

O estatutário constitucional, segundo o qual, “ninguém é obrigado a fazer ou não fazer, senão o que a Lei determina” é regra de todo o espaço relacional, tanto alcança as relações privadas, como o ato de julgamento dos Juízes, que não podem decidir além do que é estabelecido por Lei. A inobservância do postulado universal da regência normativa, da previsão anterior da Lei, para todos os atos, cria um infinito conflitual, pela instabilidade jurídica que ocasiona.” (fls. 1.119/1130).”³

À vista disso, a referida Turma, afirmando aplicar (quanto ao mérito do apelo extremo) o entendimento firmado pelo Plenário no julgamento do HC 67.759-RJ⁴, e afastando, *in casu*, a contrariedade ao princípio do promotor natural, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão do STJ, por considerar não demonstrado que o Procurador-Geral da República tivesse desig-

³ Informativo STF n.º 328, cit.

⁴ DJU de 1.7.93.

nado seletivamente determinado membro do Ministério Público em comprometimento do princípio da independência funcional dessa Instituição⁵.

Teria, de fato, o Supremo Tribunal, por meio desse acórdão, rejeitado terminantemente o princípio do promotor natural em nosso ordenamento?

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

Para tentar responder à pergunta formulada linhas acima, comecemos por buscar as manifestações do Colendo Supremo Tribunal a propósito do assunto.

Conforme atualmente ressaltam diversos Juizes do Excelso Pretório, ao se pronunciar sobre o postulado do promotor natural, tal princípio havia sido intuído, jurisprudencialmente, no seio do próprio Supremo - antes mesmo da Constituição de 1988 -, pelo eminente Ministro ANTONIO NEDER, em voto proferido por ocasião de julgamento registrado na RTJ 63/315, cuja essência está na seguinte afirmação:

“se é defeso instituir juízo de exceção, impedido é conceber-se o acusador de exceção, pois não se compreende que nossa Constituição proíba o juiz de exceção e admita o acusador de exceção, isto é, conceda e, ao mesmo tempo, subtraia uma garantia.”

Compulsando-se a revista indicada, verifica-se que o voto em tela foi prolatado no RHC 48.728-SP, Pleno, Relator o Ministro LUIZ GALLOTTI, julgado por unanimidade em 26.5.1971. Trata-se de caso histórico, o da momentosa denúncia do então Procurador de Justiça HÉLIO BICUDO contra o famigerado Esquadrão da Morte (o recorrente era ninguém menos que o Delegado SÉRGIO FLEURY).

Depreende-se do debate ali consignado, que o ilustre Ministro ANTONIO NEDER, com efeito, ainda sob a égide da Carta de 1967/69, já concebia o princípio do promotor natural (ou promotor legal,

⁵ Ata respectiva no *DJU* de 22.10.2003.

ou acusador legal), como uma extensão do postulado do juiz natural (ou legal), por sua vez desdobramento da diretriz constitucional da legalidade (e do devido processo legal) tanto que afirmou, na mesma oportunidade:

“o princípio da legalidade da ação penal diz respeito com os atos do processo, com a competência do juiz, e, também, com a legitimidade do acusador.

Em nosso sistema judiciário não há acusador sem que a lei o nomeie; em outras palavras, o acusador há de ser, sempre e necessariamente, o acusador *legal*, isto é, aquele que for previsto *em lei*...

...

... o poder de oferecer denúncia é de ser previamente determinado na lei, e isto é pacificamente reconhecido na doutrina e até na Constituição.”

Observe-se o diálogo seguinte, no mesmo julgamento:

“O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator):

— O que não se pode escolher é o juiz. O Procurador pode-se.

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

— Não! Nem o Procurador pode tanto.

...

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

— ... a Constituição expressa, no artigo 153, § 15, que é proibido tribunal de exceção.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator):

— Mas não diz que é proibido acusador de exceção. Acusador é parte, tribunal é juiz.

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

— O texto não comporta essa distinção; se é proibido tribunal de exceção, são vedados o juiz e o julgamento excepcionais; e se não é permitido julgamento de exceção, obviamente não se pode conceber acusador de ex-

ceção, pois não se compreende julgamento criminal sem acusador e defensor.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator):

— Mas onde está escrito tribunal, V. Exa. vai ler acusador?

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

— Tribunal ou juízo é um corpo que se compõe de juizes, partes e serviços auxiliares; seria absurdo que, no Brasil, se admitisse juízo criminal sem acusador, julgamento sem acusação e defesa, isto é, sem as partes; então, ao verdar a CF se institua tribunal de exceção, aí está proibida a acusação excepcional, pois não se compreende que um funcionário, por mais categorizado que seja, tenha o privilégio de, ele próprio, escolher, discriminadamente, fora dos casos legais, um, dois ou três acusadores para determinado caso; nisso é ofendido o princípio da legalidade da ação penal, visto que acusador é o que se acha *nomeado na lei*, como deflui da Constituição, do C. Pen. e do C. Pr. Penal.

...

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

— ... isto por causa do princípio de que o acusador é sempre *o legitimado*, e não *o escolhido* por esta ou aquela autoridade, categorizada que seja, tanto mais justa esta conclusão quanto é certo que a nomeação de outro acusador importa em retirar, de tal Promotor de Justiça, a sua atribuição de acusar, isto com ofensa manifesta à sua *estabilidade*, garantida, como se sabe, pela Constituição (art. 96), eis que tal direito tanto diz respeito ao cargo, quanto às suas *atribuições legais*.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator):

— E goza também de inamovibilidade?

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

— Parece-me que o art. 96 da Constituição outorga tal

garantia, mas não importa isso para o meu juízo.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator):

— Porque, se não goza, o Promotor poderia até ser removido.

...

O Sr. Ministro ANTONIO NEDER:

Sim, mas V. Excia. há de concordar em que a estabilidade não é pertinente só ao cargo, mas, também, às suas atribuições legais, pois o cargo sem as atribuições é o vazio; assim como a inamovibilidade do juiz abrange o cargo e a jurisdição, de igual modo a estabilidade do componente do MP abrange o seu cargo e o conjunto de suas atribuições, pois o retirar uma destas constitui forma oblíqua de torná-lo instável com ofensa à Constituição; assim, gozando estabilidade (em seu cargo) o Promotor de Justiça (...), o Procurador-Geral, salvo o caso do art. 28 do C. Pr. Pen., não pode fazer a ablação de suas atribuições legais mediante nomeação de outro funcionário para, especialmente, funcionar na instauração de ação penal que deve ser, por ordem da lei, instaurada e impulsionada por tal Promotor.”

Tal posição, entretanto, não vingou à época (e até pode-se dizer, relativamente àquele caso concreto, como nos missais pré-conciliares, *o felix culpa...*), e o tema do promotor natural permaneceu, basicamente, no plano da doutrina, até que, com o advento da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal começou a manifestar-se especificamente sobre ele, a partir do início da década de 1990.

Por exemplo, já em 1.º de outubro de 1991, sua 1.ª Turma, por unanimidade, no HC 68.739-3-DF, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, admitia implicitamente a existência desse postulado, tanto que buscava conciliá-lo com os princípios da unidade e indivisibilidade do *Parquet*:

“Inquérito policial militar: arquivamento a pedido do Procurador, cassado pelo STM, mediante correção parcial

do Auditor-Corregedor, com remessa dos autos ao Procurador-Geral (CPPM, art. 498, *b*, *c/c* art. 397, § 1.º): 1) compatibilidade com a legitimação exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e com **a tese do Promotor Natural**, que **há de conciliar-se com os princípios de unidade e indivisibilidade da instituição**; 2) impertinência da invocação de coisa julgada: caráter não jurisdicional da decisão judicial que defere o arquivamento de inquérito policial.”⁶

É, porém, aos 6 de agosto de 1992, que o Supremo, em sessão plenária, profere, ao apreciar o HC 67.759-2-RJ, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, seu mais importante julgado sobre a matéria, o qual pode ser considerado, até hoje, como o referencial básico da posição da nossa Corte Maior sobre o promotor natural. *Verbis*:

“‘HABEAS CORPUS’ – MINISTÉRIO PÚBLICO – SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS – **A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988** – ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR – INOCORRÊNCIA – CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO – PEDIDO INDEFERIDO.

- **O postulado do Promotor Natural**, que se revela **imamente ao sistema constitucional brasileiro**, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. **Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.**

⁶ DJ 25.10.91. Grifou-se.

A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.

Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do Princípio do Promotor Natural: necessidade da “interpositio legislatoris” para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO).

- Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES).

- Posição de expressa rejeição desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRAALVES.⁷

A própria ementa, como se viu acima, registra as divergências aparecidas no julgamento.

Nada obstante, merecem registro as extensas e profundas considerações levantadas no voto condutor do douto Ministro CELSO DE MELLO (que, como se sabe, antes de ser alçado ao Supremo Tribunal, fora Promotor de Justiça) a respeito da nova estruturação constitucional do Ministério Público a partir da vigente Carta Constitucional e seus reflexos na temática ora estudada:

“A ruptura do Ministério Público com os conceitos tradicionais do passado – segundo os quais seria o fiscal da lei,

⁷ DJ 1.7.1993. Os sublinhados constam do original. Os negritos foram acrescentados.

de qualquer lei, por mais injusta ou arbitrária que fosse – impõe-se, hoje, como decorrência de novas exigências ético-políticas a que essa Instituição deve, por um imperativo democrático, submeter-se e, também, em face da reformulação a que foi submetida no plano constitucional.”⁸

Em seguida, cita o art. 127, *caput*, da Constituição e conclui que a destinação constitucional do *Parquet* constitui inderrogável atribuição da função de velar pela intangibilidade e integridade da ordem democrática. Em vez de fiscal da lei, fiscal da ordem jurídica democrática, defensor do Povo.

“A responsabilidade social do Ministério Público torna-se, por isso, imensa; todos os membros da Instituição são, agora, depositários da fé e da confiança do Povo que, com eles, celebrou o compromisso, grave e inderrogável, da liberdade e do respeito aos seus direitos e às suas garantias.

Combatendo o arbítrio, insurgindo-se contra os que violam, com prepotência, as franquias individuais, transformando o protesto de vítimas indefesas em ação realizadora da Justiça, repudiando as leis injustas, porque desvinculadas dos anseios e do consentimento dos governados, em assim agindo, o Ministério Público terá dado o testemunho que a Nação dele espera.”

Diante disso, a conclusão, cujas linhas-mestras passaram à já transcrita ementa:

“O princípio do **Promotor Natural**, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objetivo último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura

⁸ Para este e todos os demais trechos de votos de julgados referidos neste trabalho, salvo indicação diversa, a fonte é a íntegra dos acórdãos na página do Supremo Tribunal Federal na internet: <<http://www.stf.gov.br>>.

o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.”⁹

Cumpre frisar que o ilustre Relator enunciou o princípio do promotor natural do seguinte modo:

“nenhum membro do Ministério Público poderá ser afastado do desempenho de suas atribuições em procedimentos em que oficie, ou deva officiar, exceto por relevante motivo de interesse público, por impedimento ou suspeição ou por razões decorrentes de férias, licenças ou afastamento.”

Considerou, ainda, o mesmo eminente Ministro, que o princípio em pauta liga-se umbilicalmente a outros dois postulados fundamentais do Ministério Público: o da independência funcional e o da inamovibilidade, o primeiro de ordem institucional, porque condicionante da unidade e indivisibilidade do *Parquet*; e o segundo, de ordem subjetiva (direcionado aos membros da Instituição), tido por fonte matricial da própria tese do promotor natural.

A relação entre esses princípios todos teria de se dar nos limites da lei, à qual caberia a precisa discriminação das atribuições funcionais dos membros do Ministério Público, motivo pelo qual sua existência, especificando o postulado do promotor natural, seria imprescindível à aplicação deste.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (que teve, consoante é sabido, a honra de haver chefiado o Ministério Público da União), destacou em seu voto

“ser indispensável precaver-se o intérprete de certo mimetismo, que compromete freqüentemente as reflexões sobre a organização do Ministério Público e se traduz na tendência de transplante cego de regras e princípios da magistratura judicial”.

⁹ Grifo do original.

Essa reflexão é, a meu sentir, imprescindível à exata compreensão do princípio do promotor natural, porque este, embora formulado a partir do princípio do juiz natural, não se identifica exatamente como um transplante deste, da magistratura para o *Parquet*, dadas as peculiaridades de cada uma das Instituições em foco. Os que imaginam um princípio do promotor natural exatamente igual, em sua extensão e características, ao princípio do juiz natural, esbarram em paradoxos e impossibilidades, e, por isso, talvez, podem findar por rejeitá-lo. Por isso, é necessário acompanhar as lições do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE a esse respeito.

Diz ele que o promotor natural sustenta-se, duma banda, no princípio da independência funcional, e, de outra, na garantia de inamovibilidade dos membros do Ministério Público. Contudo, é preciso

“não perder de vista que, no tocante ao Ministério Público e segundo o próprio texto constitucional, todos esses princípios hão de conviver com dois outros, o da unidade e o da indivisibilidade, os quais (...) emprestam à organização interna da Instituição colorido específico e prismas inconfundíveis com a da magistratura judicial.

...

A questão da convivência da unidade e da indivisibilidade, de um lado, com a independência funcional, de outro, não é nova, nem parece oferecer dificuldades de maior vulto, no estágio contemporâneo das reflexões doutrinárias e das soluções legislativas sobre a organização do Ministério Público.

Independência funcional, na temática do Ministério Público, não é expressão de sentido inequívoco.

De fato. Numerosos autores a referem, não à liberdade de atuação dos seus membros, em face da sua organização interna, mas à independência da instituição, no tocante às suas atividades-fim, em relação aos vínculos de subordinação aos poderes políticos, particularmente do Governo, como também em relação aos órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, à luz da Constituição italiana, é a observa-

ção de De Mattia (...). Na mesma linha, entre outros, Frederico Marques (...).

Não obstante, é certo também que já se tem relacionado a independência funcional ao Ministério Público, individualmente considerado, com o sentido de não estar ele sujeito, na sua atividade funcional, particularmente na sua atuação processual, a ordens concretas do Procurador-Geral ou de outro órgão de direção.

Com esse sentido, de liberdade de consciência ou de convicção jurídica do Membro do Ministério Público, porém, o que predominantemente se tem entendido, aqui e alhures, no propósito de compatibilizá-la com a unidade hierarquizada da instituição, é que a independência funcional não ilide os poderes diretivos de avocação e de substituição.

Assim, sustenta Figueiredo Dias (...) notável jurista luso (...).

...

O que mais me impressiona, por isso, na construção da tese do *"promotor natural"*, é a invocação da garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público...

...

Por outro lado, é certo que a inamovibilidade dos membros do Ministério Público, embora consagrada em termos substancialmente equiparáveis, não se identifica à dos juízes, precisamente porque — ao contrário do que sucede em relação à magistratura —, no Ministério Público, a garantia há de conciliar-se com os princípios da unidade e da indivisibilidade, impostos no mesmo contexto da Lei Fundamental.

A meu ver, não se cuidará, assim, de repelir os institutos deles decorrentes, da avocação e da substituição, mas, sim, de cercar o exercício desses poderes de cautelas contra o uso arbitrário ou casuístico de suas virtualidades."

Por isso, para o Ministro PERTENCE, não há problema em conciliar o postulado do promotor natural com a existência dos grupos especiais de promotores, dedicados a matérias específi-

cas, na medida em que constituídos estes na forma legal.

O Ministro MARCO AURÉLIO, em voto que proferiu sobre diligência que se suscitara, ainda no julgamento do mesmo caso, antecipou sua opinião sobre a existência do postulado em pauta, e mais, disse que:

“o princípio do promotor natural, pela sua amplitude, estende-se à fase pré-processual; abrange, também, os procedimentos administrativos, de caráter investigatório, como o são os inquéritos policiais.”

No voto propriamente dito, o Ministro MARCO AURÉLIO, como o fizera décadas antes o Ministro ANTONIO NEDER, buscou supedâneo no princípio do devido processo legal para o promotor natural, como extensão da garantia do juiz natural. Mostrou que o *due process of law*, insculpido no inciso LV do art. 5.º, deve ser lido em conjunto com o preceito do inciso LIII, ainda do mesmo artigo. Tal norma

“revela alcance que excede a simples previsão do juiz natural. A uma, porque, ao contemplar garantia constitucional, o faz com extravasamento do campo alusivo ao ofício judicante. Junge a prolação da sentença ao princípio do juiz natural, é certo, mas também revela a obrigatoriedade de observar-se o balizamento processual que outro não é senão o previsto na legislação em vigor. A duas, porquanto, estivesse o preceito limitado à inserção do princípio do juiz natural como garantia constitucional, forçoso seria dizer da redundância, isto mediante revelação de mandamentos com idêntico sentido, embora em incisos diversos. É que o de número XXXVII, do mesmo artigo, prevê, este sim, que não haverá juízo ou tribunal de exceção. Logo, impossível é deixar de reconhecer no inciso LIII sentido que extrapola o campo pertinente à competência do juízo. A alusão à impossibilidade de alguém vir a ser processado senão pela autoridade competente diz respeito às normas processuais e estas, iniludivelmente, abarcam os pressupostos de desenvolvimento válido do processo e dentre estes exsurge a legitimidade ad processum e que, no caso, quanto ao Estado, é revelada

pela atribuição conferida ao Promotor Público.

...

Se de um lado compete ao Procurador-Geral a designação, de outro há que se assentar a vinculação à lei. Sem fato contemplado por esta, o afastamento compulsório daquele legitimado ad processum para, em nome do Estado, promover a acusação e a substituição, em único processo, por outrem (...) vulnera, a um só tempo, os preceitos pertinentes à proibição do juízo ou tribunal de exceção de processar-se ao arrepio das normas previamente conhecidas e, também, o que assegura a ampla defesa, pois afastou-se o equilíbrio verificado pela atuação, ao que se presume equidistante, do Promotor originário...”
(Sublinhados do original).

E arremata, considerando o princípio auto-aplicável:

“Dessarte (...) irrefutável a conclusão em torno da estatura constitucional do princípio do Promotor Natural. Faço-o não só pelas razões já consignadas e que agitam os preceitos constitucionais dos incisos I, XXXVII, LIII e LV do artigo 5.º, como também por considerar que os princípios de estatura constitucional geram, independentemente de lei regulamentadora, direitos e garantias — principalmente estas — não referidos expressamente no citado artigo, aliás como previsto no parágrafo segundo a ele vinculado”.

Em seu voto, o Ministro CARLOS VELLOSO, de princípio, acompanhou os raciocínios expendidos pelos ilustres julgadores que o antecederam, e levou em conta a necessidade de harmonizar o postulado do promotor natural com os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público,

“compreendendo estes a idéia de que o Ministério Público é ‘uma instituição hierarquizada’ e, como tal, a instituição, que é uma, há de ter uma direção, uma chefia (...) à qual são conferidos certos poderes, ‘entre os quais os de devolução — definido como “o poder do superior hierárquico de chamar a si o exercício concreto da função do subordinado” (J. Figueiredo Dias, Direito Proc. Penal, 1974,

l/381) — e o de substituição — isto é, o de “designar outro subordinado para o exercício concreto da função do agente normalmente competente” (Id. *ibidem*).’ Isto defluiu, mesmo, da organização hierarquizada, com uma chefia, certo, entretanto, que toda essa organização deverá ser objeto de complementação legislativa, conforme está expresso, aliás, na Constituição (art. 128, 5.º).”

No que tange à auto-aplicabilidade ou não do princípio, o Ministro VELLOSO, apoiado nas lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA e VEZIO CRISAFULLI, considerou que a regra da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (que daria base ao postulado) se trata de norma constitucional de eficácia reduzida ou limitada declaratória de princípio institutivo ou organizativo. Ou seja, teria aplicabilidade onde tal fosse possível, e, nesse diapasão, seria bastante à não-recepção da regra legal anterior que dava ampla liberdade ao Procurador-Geral na designação de membros do Ministério Público para a persecussão penal.

O Ministro PAULO BROSSARD foi o primeiro a votar pela rejeição integral do princípio. Não considerou que a inamovibilidade dos membros do *Parquet* desse fulcro ao postulado do promotor natural, tendo-a na conta de mera garantia funcional. Considerou que, se o fizesse, teria de considerar existente um “princípio do defensor público natural”, porquanto o parágrafo único do art. 134 da Constituição também considera inamovíveis os defensores públicos. Direcionou a independência funcional à Instituição Ministério Público, e não precipuamente aos membros desta.

O Ministro OCTAVIO GALLOTTI (que foi do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União) simplesmente acompanhou, nesse aspecto, o Ministro BROSSARD, o mesmo fazendo o Ministro MOREIRA ALVES (que foi Procurador-Geral da República).

Finalmente, o Ministro SYDNEY SANCHES exarou um voto muito peculiar. Disse que, na sua concepção, a Constituição de 1988 não adotou, nem explícita, nem implicitamente, o princípio do promotor natural, não o vendo como conseqüência necessária das garantias da independência funcional e da inamovibilidade dos integrantes do *Parquet*. Entretanto, considerou que nada impedia a lei de adotar tal postulado, que lhe parecia salutar tanto para a Ins-

tituição como para os jurisdicionados.

A 27 de outubro de 1992, no HC 68.966-RJ, Relator para o acórdão o ilustre Ministro FRANCISCO REZEK, a Doutra 2.^a Turma do Colendo STF, por maioria, rejeitou o princípio do promotor natural. O venerando aresto então exarado mereceu a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. PROMOTOR NATURAL: INEXISTÊNCIA COMO PRINCÍPIO. ...

I – Evocação do aventado princípio do promotor natural, sem fundamento na Constituição de 1988. Entendimento majoritário do STF.

II - ...

...”¹⁰

Do voto do insigne Relator (que antes do Supremo, honrou os quadros do Ministério Público Federal):

“Refletindo (...) sobre algo congênere, o princípio do juiz natural, o que me veio com maior freqüência foi a impressão de que, com propósitos salutareos, mas sem bom fundamento científico, quer-se tirar do princípio uma série de conseqüências equívocas. O princípio do juiz natural é de ser invocado, com acerto, no sentido de evitar a migração horizontal e ideológica do processo, para mãos outras que as da autoridade judiciária naturalmente afeta à causa segundo as regras que determinam a competência, fenômeno comum - e de propósitos sombrios - naqueles períodos de abandono da trilha da democracia e do direito.

Surpreende-me, entretanto, a freqüência com que se invoca o princípio do juiz natural para condenar a ascensão vertical da demanda, como no caso da extinta advocatória. Quase todos se conformam com a idéia de que certos dignitários devam subordinar-se diretamente ao foro de-

¹⁰ *DJ* de 7.5.1993. Grifou-se.

terminado pela prerrogativa de função. Nada encontram de errado em que assim seja, em que diversos cidadãos, por razão de ofício, vejam-se desde logo julgados por instância superior ou suprema. Entretanto, invocam o princípio do juízo natural para dizê-lo incompatível com a ascensão do processo, pelo interesse coletivo da tese nele discutida, a uma instância superior. Pretendem que o princípio do juiz natural deva obrigar sempre a romaria ascendente das instâncias. Criam-se situações como aquela do percentual de aumento dos aposentados, desastrosas no comprometimento da imagem não só da máquina judiciária, mas de toda a comunidade jurídica.

O que temos visto é uma tentativa de abuso do princípio do juiz natural; é uma tentativa de fazê-lo prevalecer contra os lindes do seu verdadeiro domínio, para multiplicar demandas e multiplicar honorários.

O agora aventado princípio paralelo, o do promotor natural, poderia ter feito sentido para mim - por razões mais operacionais do que científicas - numa época não muito remota da nossa História, em que deslocamentos de atribuições dentro do Ministério Público poderiam ser motivados por razões menos nobres. Tal não é o caso no Brasil da Carta de 1988. Não vejo em quê a liberdade do ser humano ou os direitos inerentes à defesa se veriam lesados pelo uso, na chefia do Ministério Público Federal ou do Ministério Público dos Estados, da prerrogativa de afetar processos a determinado titular dentre outros - todos ali oficiantes em função do mérito. De quem é a regência? De Procuradores-Gerais necessariamente tirados da carreira, segundo uma liturgia impecável, que pouquíssimos países conhecem. Querer inovar um princípio do promotor natural no Brasil de hoje parece-me profundamente desnecessário, se o que está preocupando quem invoca tal princípio é o ideal democrático dentro do processo, é a segurança dos direitos da pessoa humana.

Penso que o patrocínio do princípio do promotor natural, bem assim a hipertrofia desastrada do princípio do juiz natural, impediriam, dentro do Ministério Público e dentro da magistratura, uma série de ações perfeitamente sa-

dias e necessárias, como essas iniciativas que se têm tomado em alguns Estados para reduzir a zero o número de sentenças pendentes, e aquelas outras que permitem que o Ministério Público periodicamente esvazie suas estantes, ou simplesmente proceda de modo unívoco frente a certo tema.

... acompanho o eminente relator na rejeição do aventado princípio do promotor natural...”

O Ministro MARCO AURÉLIO, dissentindo, nesse aspecto, do Ministro REZEK, remarcou:

“... a discussão sobre o Promotor Natural [no seio do STF] mostrou-se, em que pese o resultado, das mais frutíferas, porque [no julgamento do HC 67.759-2-RJ] três correntes surgiram em plenário: uma, no sentido de que o princípio tem sede constitucional, sendo observável de imediato; outra, apontando que não há o princípio do Juiz natural e que o réu não tem o direito de saber quem, em nome do Estado, o acusará; a terceira somou-se à primeira, chegando-se ao que entendo como **voto médio para a proclamação do resultado, aludindo-se à existência do princípio, mas consignando que a regra constitucional que o revela não é auto-aplicável, que depende de uma regulamentação** em que se defina as hipóteses conducentes à escolha do acusador, em nome do Estado, pelo Procurador-Geral de Justiça. Fiquei vencido, naquela oportunidade, na companhia de outros Colegas, concluindo que o princípio do Promotor Natural está umbilicalmente ligado ao do Juiz Natural, **tendo em conta, também, a inamovibilidade** de que cogita a alínea “b” do inciso I do § 5.º do artigo 128 da Constituição Federal, **a impedir que o Procurador-Geral de Justiça afaste o titular que atua em determinada Vara para, pinçando este ou aquele membro do Ministério Público que considere mais credenciado para o caso, indicá-lo como o que fará a acusação e atuará em nome do Estado na persecução criminal.** Todavia, esta matéria, Senhor Presidente, não deve ser reaberta perante a Turma, ficando para uma discussão futura, quem sabe, em

sede própria, que é a revelada pelo Plenário.”¹¹

Dois aspectos há a destacar aqui: um, o fato de a rejeição ao princípio ter-se dado em sede de Turma (*in casu*, a maioria da Ilustrada 2.^a Turma; em compensação, fora aceito pela maioria da Douta 1.^a Turma, no julgamento do HC 68.739-3-DF, já referenciado neste trabalho), e não no Pleno; outro, a consideração do voto do Ministro MARCO AURÉLIO - a meu sentir mais correta - de qual foi a tese majoritária acatada, isto é, o voto médio no HC 68.966-RJ, este, sim, decidido pelo Pleno: a existência do postulado do promotor natural, em havendo lei que o preveja. O Supremo voltaria a este ponto, mais adiante, como se verá.

Em 30 de junho de 1993, o Pleno do STF voltou a versar o tema do promotor natural já na vigência da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que instituía o postulado para os Ministérios Públicos dos Estados - sendo de consignar-se que, a esse tempo, também já entrara em vigor a Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio, também de 1993, que fizera o mesmo relativamente ao *Parquet* da União¹².

Com tais diplomas, por conseguinte, desaparecera a falta de intermediação legislativa, objeção levantada pelo Ministro CELSO DE MELLO no *leading case* antes referido, à efetividade do princípio, e se atendera, mesmo, à colocação do Ministro SYDNEY SANCHES, que entendia poder tal postulado ser posto em vigor, desde que estabelecido legalmente.

Pois bem, no julgado em foco, o Supremo implicitamente admitiu que o promotor natural já estava valendo, a partir da legislação mencionada, tanto que excepcionou de sua abrangência apenas as situações anteriores.

Doutra banda, as considerações antes referidas, do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator no caso agora enfocada, HC 69.599-0-RJ) acerca da possibilidade de compatibilizar o

¹¹ Grifou-se.

¹² Adiante vai-se analisar, mais detalhadamente, o acolhimento do promotor natural nesses diplomas.

promotor natural com os grupos de trabalho – hoje conhecidos como *task forces* (forças-tarefa, em inglês) – foram igualmente consagradas.

Ad litteram:

“I. Ministério Público: legitimidade “ad processum” para o oferecimento da denúncia de Promotores designados previamente para compor grupo especial de acompanhamento de investigações e promoção da ação penal relativas a determinados crimes

1. Sendo a denúncia anterior à L. 8.625/93 – segundo a maioria do STF, firmada no HC 67. 759 (vencido, no ponto, o relator) – não se poderia opor-lhe à validade o chamado princípio do Promotor Natural¹³, pois, à falta de legislação que se reputou necessária à sua eficácia, estaria em pleno vigor o art. 70, V, LC 40/81, que conferia ao Procurador-Geral amplo poder de substituição para, “mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe orientação que for cabível no caso concreto”.

2. De qualquer modo, ainda para os que, como o relator, opuseram temperamento à recepção integral da legislação anterior, a Constituição vigente não veda a designação, no Ministério Público, de grupos especializados por matéria ou para o acompanhamento, desde as investigações policiais, da repressão penal de certos fatos, na medida em que a atribuição aos seus componentes da condução dos processos respectivos implica a prévia subtração deles da esfera de atuação do Promotor genericamente incumbido de atuar perante determinado juízo.

II. ...”¹⁴

Na mesma data (30 de junho de 1993), foi julgado, também no Pleno do STF, o HC 70.290-2-RJ, que mereceu, na parte tocante

¹³ *A contrario sensu*, portanto, nas hipóteses posteriores, vale a invocação do princípio.

¹⁴ *DJ* de 27.8.1993. Grifou-se.

ao princípio do promotor natural, idêntica ementa, publicada, porém, apenas no *DJ* de 13 de junho de 1997.

Logo após, em 26 de agosto de 1993, o Pleno do Excelso Pretório - por unanimidade, destaque-se -, explicitou que, ao julgar o precedente pioneiro do HC 67.759-2-RJ, havia, realmente, declarado (ainda que por maioria) o princípio do promotor natural. Foi nos embargos declaratórios àquele acórdão:

“*HABEAS CORPUS* – PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL – ATUAÇÃO *ULTRA VIRES* DO PROMOTOR DESIGNADO. DENÚNCIA RATIFICADA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE - QUESTÃO APRECIADA PELO ACÓRDÃO - INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO – EMBARGOS REJEITADOS.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.759, rel. Min. CELSO DE MELLO, proclamou a existência do princípio do Promotor Natural no sistema de direito positivo brasileiro.

- É legítima a ratificação, pelo Chefe do Ministério Público, de denúncia oferecida por membro da Instituição a quem se outorgaram poderes para meramente atuar na fase pré-processual da investigação criminal.

- A eventual atuação ultra vires do Promotor designado, uma vez convalidada por deliberação superveniente e imediata do Procurador-Geral, despoja-se de qualquer eiva de ilegalidade formal.

- Questão que, por haver sido efetivamente apreciada pelo acórdão recorrido, não justifica, ante a inocorrência de omissão, o uso da via dos embargos declaratórios.”¹⁵

A partir daí, praticamente pacificou-se, no seio do Supremo, o postulado do promotor natural.

No HC 71.429-3-SC, apreciado pela Conspícua 1.^a Turma, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, por unanimidade, embora

¹⁵ EDHC 67.759-6-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJ* 24.9.1993. Os sublinhados são do original. Os grifos foram acrescentados.

afastando alegada infração ao princípio, no caso concreto, declarou-se, uma vez mais, sua existência:

“*HABEAS CORPUS* – DELITO DE PECULATO – EX-PREFEITO MUNICIPAL – COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – POSSIBILIDADE DE O JULGAMENTO SER REALIZADO POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DESSE TRIBUNAL – OFERECIMENTO DE NOVA DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 2.^a INSTÂNCIA – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – ALEGADA OFENSA AO **PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL** – INOCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE – INAPLICABILIDADE À AÇÃO PENAL PÚBLICA – APTIDÃO FORMAL DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – SITUAÇÃO NÃO CONFIGURADA – PEDIDO INDEFERIDO.

- ...

- **O novo sistema normativo instaurado pela Constituição Federal de 1988 consagrou, como garantia indisponível dos acusados, o princípio do Promotor Natural.** Precedente: RTJ 146/794, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno.

- A escolha de Procurador de Justiça, mediante sorteio, para atuar nos processos penais originários em segunda instância, decorre de critério objetivo que, precisamente por impedir manipulações casuísticas ou designações seletivas efetuadas pela Chefia da Instituição, ajusta-se **ao postulado do Promotor Natural, que se revela incompatível com a figura do acusador de exceção.** Hipótese em que a denúncia foi oferecida por Membro do Ministério Público de segunda instância, designado mediante sorteio.

...”¹⁶

No AGRAG 169.169-8-CE, a Ilustre 1.^a Turma, por unanimida-

¹⁶ DJ de 25.8.1995. Os sublinhados são do original. Os grifos foram acrescentados.

de, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, disse¹⁷ que o postulado do promotor natural só não incidia nas hipóteses anteriores à legislação que o instituiu, dando eficácia inteira à norma constitucional:

“PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA IMPUGNADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL.

...

Processo instaurado antes do advento da Lei n.º 8.625/93, em relação ao qual não tem aplicação o princípio do Promotor Natural. Precedentes do STF (HC 69.599 – Relator Ministro Moreira Alves¹⁸).

...¹⁹

No HC 74.052-9-RJ, apreciado em 20 de agosto de 1996 pela Colenda 2.^a Turma, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, por unanimidade, tornou-se a declarar o princípio, embora sem entendê-lo infringido no caso.²⁰

Idem no HC 77.723-7-RS, de 15 de setembro de 1998, também da 2.^a Turma, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, dessa feita por maioria.²¹

O mesmo no RHC 80.476-4-SC, aos 7 de novembro de 2000, então pela Egrégia 1.^a Turma, Relator o Ministro SYDNEY SANCHES, e por unanimidade²². Ali se confirmou venerando acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, transcrito no voto do Relator.

¹⁷ Como já dissera o Pleno, no antes referido HC 69.599-0-RJ.

¹⁸ Há, *data venia*, equívoco material no acórdão. O HC 69.599 foi relatado, como se viu linhas atrás, pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Provavelmente houve confusão, ao se confeccionar a ementa, com o HC 68.748, referido no voto condutor, esse sim de relatoria do Ministro MOREIRA ALVES).

¹⁹ DJ de 1.12.1995. Grifou-se.

²⁰ Cf. DJ de 13.12.1996.

²¹ DJ de 15.12.2000.

²² DJ de 16.2.2001.

Nesse *decisum* do STJ (HC 11.045-SC, 5.^a Turma, Relator o Ministro ESON VIDIGAL) são, por sua vez, trasladadas passagens de outros arestos daquela Corte Superior (v.g., HC 8.032-PB, Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES; RHC 6.662-PR, Relator o Ministro ANSELMO SANTIAGO; RHC 6.294-PR, Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES; e HC 1.171-RJ, Relator o Ministro JOSÉ DANTAS). Deles sobrelevam - pela pertinência à presente análise - as seguintes assertivas, endossadas implicitamente pelo Supremo Tribunal Federal:

“... O princípio do promotor natural apenas tem aplicabilidade para se evitar o denominado acusador de exceção, designado com critérios políticos e manipulações casuísticas...

...

... O princípio do promotor natural deve ter o devido tempo, apenas para evitar o acusador de exceção, aquele designado com critérios políticos e pouco recomendáveis.

...

... A argüição de ofensa ao princípio do promotor natural (...) não se concretiza quando não afastada²³ qualquer lesão ao exercício pleno e independente das atribuições do *Parquet* e ausente possível manipulação casuística ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça, a deixar entrever a figura do acusador de exceção.

...

... PROMOTOR NATURAL. NULIDADES. Não constituem nulidades a competência determinada pela prevenção de atos praticados antes de distribuição do feito, nem a atuação do Promotor de Justiça integrante de grupos [*sic*] especializado constituído por determinação da Procuradoria-Geral da Justiça.

...

... PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. VIOLAÇÃO. DESIGNAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. *HABEAS CORPUS*.

²³ *Sic*, mas deve ser *atestada*, *constatada* ou termo semelhante.

1. O princípio do promotor natural somente tem validade para evitar a figura do acusador de exceção, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes.

...

Finalmente, em 4 de junho de 2002, novamente a 1ª Turma, por unanimidade, no HC 81.998-2-GO, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, mais uma vez proclamou o princípio, ainda que para dizer que não o viola a designação de Promotor Substituto para prestar auxílio ao titular da Comarca.²⁴

4. CONSIDERAÇÕES DOCTRINÁRIAS SOBRE O PROMOTOR NATURAL

É difícil encontrar, na doutrina estrangeira, referência explícita ao princípio do promotor natural.

Isso provavelmente se explica pelo fato de que tal postulado só faz sentido numa ordem jurídica em que o Ministério Público – não só a Instituição, mas cada um de seus agentes – tenha um grau de independência que geralmente não se encontra na maioria dos ordenamentos alienígenas.

Na maior parte dos países europeus, por exemplo, o *Parquet* sujeita-se servilmente ao Executivo, e seus membros acham-se sob rígida hierarquia. Em alguns – como Portugal – o MP é mesmo o responsável pela advocacia pública.²⁵ O quadro é semelhante

²⁴ DJ de 28.6.2002.

²⁵ Confira-se, v.g., na internet, no site da Procuradoria-Geral de Portugal <<http://www.pgr.pt>>. O *Discurso do Ministro da Justiça* [de Portugal], ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, no IV Congresso do Ministério Público (português), em 1994, contém o seguinte trecho: “a conformação institucional do Ministério Público, Magistratura organizada hierarquicamente na dependência do Procurador-Geral da República, não goza da independência individual plena do Juiz nem a forma de nomeação do Procurador-Geral obedece a princípios moldados em tal exigência” (em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 27/32, esp. p. 30). O Professor RUI PEREIRA, da Faculdade de Direito de Lisboa, explica que “os magistrados do Ministério Público” estão “obrigados ao acatamento das diretivas, ordens e instruções recebidas (art. 55.º, n.º 3, da Lei Orgânica do Ministério Público)”. *Ministério Público: Hierarquia e Autonomia*, em *Revista do Ministério Público – Cader-*

na América Latina: no México, e.g., o Ministério Público, além de representar a Federação tanto em seus negócios como nas controvérsias judiciais, é chefiado por um Procurador-Geral que faz as vezes de conselheiro jurídico do Governo.²⁶ Quanto aos países do *common law*, não há senão um equivalente longínquo do Ministério Público²⁷, que não tem nem a independência frente ao Executivo, nem a estabilidade de carreira.²⁸

nos, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 73/77, esp. p. 76. Vale conferir a explanação de JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO, *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, às pp. 92/99 sobre o MP lusitano.

²⁶ CARLOS ARELLANO GARCÍA, *Teoría General del Proceso*, 5.ª ed., Cidade do México, Editorial Porrúa, 1995, pp. 194/198, especialmente p. 195.

²⁷ “O sistema adotado nos Estados Unidos da América para organização e funcionamento do Ministério Público é bastante discrepante dos existentes nos demais países que formam as chamadas democracias ocidentais”, afirma JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO, em seu livro *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito* (Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 51/52). Sobre a dependência e a vinculação política dos agentes do MP americano ao Governo, basta ver o que o mesmo autor diz sobre o sistema de escolha dos Procuradores da República (*United States Attorneys*): “De um modo geral, o Department of Justice toma em consideração para a indicação ao Presidente apenas nomes comprometidos com o partido político do presidente...” (aut. e ob. cit., p. 58). Na maioria dos Estados-membros, faz-se eleição, e os aspectos políticos suplantam os jurídicos em relação aos agentes dos *Parquets* estaduais (os *District Attorneys*, ou *DAs*). Sobre o tema, THOMAS SNOW, *Justice in the United States*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 135/145. Na Inglaterra, a acusação criminal sempre foi *mister privado*, tendo sido criado apenas em 1986 o denominado *Crown Prosecution Service*, ou Serviço de Persecução (Penal) da Coroa (JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO, ob. cit., pp. 49/51).

²⁸ Cf. ENRIQUE VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984, p. 176. Ver a respeito THOMAS SNOW, loc. cit., *passim*. Também EDUARDO H. MARQUARDT, que foi Procurador-Geral da República Argentina, em seu artigo *La Posición Institucional del Ministerio Público y su Organización en los Estados Americanos*, em *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 123, set/1972, pp. 19/36, embora já um tanto desatualizado. Para uma panorâmica do estado hodierno do MP argentino (um dos poucos que, como o brasileiro, têm efetiva independência – o que, no caso platino, ocorreu após a reforma constitucional de 1994), veja-se *O Ministério Público no Brasil e na Argentina*, de MARCO AURÉLIO LUSTOSA CAMINHA, que pode ser alcançado pela internet no sítio <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4800>>.

Por outra parte, o princípio do promotor natural foi construído doutrinariamente a partir do postulado do juiz natural, por analogia. E, até sobre este último, como assevera NELSON NERY JR., é escassa a literatura existente na Europa.²⁹ Com efeito, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, em discurso proferido quando era Procurador-Geral da República de Portugal, referiu-se à circunstância de ser (na Europa, decerto) o

“juiz natural, aplicado em alguns países como princípio estruturante do processo penal e, noutros, desconhecido ou secundarizado.”³⁰

Se assim é relativamente ao juiz natural, não se pode esperar grande desenvolvimento no tocante ao promotor natural. Nada a obstante, os europeus já começam a se preocupar com o tema. O IV Congresso do Ministério Público (português), em 1994, adotou, entre as suas conclusões (*rectius*, propostas *de lege ferenda*), as seguintes:

- “7. (...) redefinir e clarificar o conceito e âmbito da hierarquia, designadamente no exercício concreto das funções de natureza penal e processual penal.
8. (...) reforçar a autonomia de cada magistrado do Ministério Público (...) por forma a que ela se defina já como verdadeiramente independente.
9. Concretizando-a, nomeadamente, nos **princípios do**

²⁹ *O Juiz Natural no Direito Processual Civil Comunitário Europeu*, em *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jan/ma. 2001, pp. 102/132, especialmente p. 102. Nada obstante, o mesmo autor, no mesmo artigo, à p. 103, reconhece que o princípio em pauta é criação europeia, da Constituição francesa de 1791, depois adotado em grande número de outras, como, por exemplo, na atual Carta alemã (art. 101 da *Grundgesetz*, ou Lei Fundamental). Cita, então, alguns autores alemães que cuidam do assunto (KARL HEINZ SCHWAB, PETER GOTTWALD, EDUARD KERN, MARTIN WOLF). Efetivamente, é possível achar também doutrinadores franceses, italianos, espanhóis, portugueses além de bom número de latino-americanos que tratam do princípio do juiz natural.

³⁰ Em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 19/26, esp. p. 20.

“Ministério Público natural” e da limitação interventiva exclusiva do imediato superior hierárquico.”³¹

Entre nós, na doutrina foram precursores do princípio do promotor natural HUGO NIGRO MAZZILLI³², SÉRGIO DEMORO HAMILTON³³ JAQUES DE CAMARGO PENTEADO³⁴, além de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO³⁵ e alguns outros.

HUGO NIGRO MAZZILLI, em seu artigo pioneiro, *O Ministério Público no Processo Penal*, sustentou, já em 1976, sob a vigência da Lei Magna de 1967/69, que o MP era órgão de Estado, pertencente ao Poder Executivo, mas dotado de determinados poderes autônomos, sujeito à subordinação hierárquica, porém não integralmente. Dessarte, os poderes de designação, avocação e subordinação de seu chefe, o Procurador-Geral, teriam limites nas garantias jurídicas da Instituição, dentre as quais a de inamovibilidade relativa de que gozavam seus membros àquela época, nem poderiam sobrepor-se à discriminação das atribuições previstas em lei.³⁶

SÉRGIO DEMORO HAMILTON, no seu estudo *Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal*, parece ter sido, entretanto, quem começou a dar nome ao princípio que então se achava *in fieri*:

“Na linguagem da doutrina fala-se em “juiz legal”, ou usa-se a expressão mais correntia “juiz natural” para indicar o órgão do Poder Judiciário que, segundo determinação legal, vem indicado como sendo o competente para julgar

³¹ *Conclusões do IV Congresso do Ministério Público*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, p. 159. Grifou-se e sublinhou-se.

³² *O Ministério Público no Processo Penal*, in *Justitia* 95/175-179, de 1976.

³³ *Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal*, em *Revista Forense* 269/157-161, de 1980.

³⁴ *O Princípio do Promotor Natural*, em *Justitia* 129/114-124, de 1985.

³⁵ *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural: Atribuição e Conflito*, cuja primeira edição (Rio de Janeiro, Forense), é de 1989.

³⁶ Loc. cit., *passim*.

determinado feito...

...

Haverá, em contrapartida, um “promotor legal” para officiar em determinada ação penal?

...

A ausência de uma disciplina legal rígida faz com que muitos autores não meditem, sequer, no assunto, com isso fazendo crer que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica. Em minha vida funcional, tive a oportunidade de presenciar, perplexo, a substituição de promotor (impedido ou suspeito para participar de julgamento) por colega de Ministério Público designado pelo juiz para o ato, sem a observância de qualquer critério legal, pelo simples fato de, no momento, encontrar-se o substituto disponível no foro.

...

Há sim, um “promotor legal” para cada processo penal: é o promotor com *atribuição* para officiar no feito. Em outras palavras: somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento.³⁷

JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, pouco depois, no seu trabalho já intitulado *O Princípio do Promotor Natural*, historia o surgimento da tese:

“De forma embrionária, Hugo Nigro Mazzilli e nós, por volta de 1976, exercendo funções em Promotoria de Justiça Especializada na repressão a assaltos, enfrentávamos perante os tribunais a questão da inamovibilidade do órgão da acusação e os julgamentos daqueles casos (Recurso n. 135.243, SP, 6.^a Câm. do TACRIM, Rel. Valentim Silva; Recurso n. 128.597, SP, 3.^a Câm. do TJSP, Rel. Mendes Pereira) motivaram as seguintes conclusões deste nosso sempre brilhante colega: ‘há hierarquia no Ministério Público, proveniente da chefia da Instituição. Mas o

³⁷ Loc. cit., esp. p. 157.

poder de designação (ou delegação ou avocação) do Procurador-Geral de Justiça é limitado pela legalidade do ato (garantias do promotor titular de promotoria e estável) e ocorrência de hipóteses previstas na lei. Contra designação ilegítima cabe resistência e mandado de segurança; a favor de designação legítima cabe remoção compulsória' (As Funções do Ministério Público – O Estado de São Paulo).

Depois disto a questão voltaria a ser debatida pelo Grupo de Estudos Carlos Siqueira Netto no IX Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1981, em Poços de Caldas, em tese aprovada que tive a honra de subscrever com os modelares membros do 'Parquet' que são Jarvis Viana Pinto, Paulo Edson Marques e Samuel Sérgio Salinas ('Teses e Relatórios', publicação da APMP, pág. 74)...

A seguir, em 3 de abril de 1982, atendendo convite do Grupo de Estudos da Média Sorocabana, proferimos palestra no Fórum de Ourinhos sobre a 'Lei Orgânica do Ministério Público' e sustentamos que 'Tão ou mais importante que o princípio do Juiz Natural é o do Promotor Natural, ainda mais quando não se acha entre as atribuições deste a corregedoria da polícia. (...) Formando **opinio delicti** ou se convencendo da inexistência de crime, dotado de parcela de soberania do Estado, o Promotor há que ser natural. Acolha-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem relativa ao Juiz Natural consagrando-se que, se acusada, toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de o ser publicamente e com justiça por Promotor independente. Titular de cargo criado pela lei, livre de influências estranhas, apto a dar a cada um o que é seu'.

Nesta mesma busca da verdadeira qualificação do Ministério Público como defensor da legalidade democrática, agora reunido às inteligências fulgurantes de José Damião Pinheiro Machado Cogan e Sólon Fernandes Filho, vimos aprovada pelo XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo ('Teses e Relatórios', publicação da APMP, pág. 40) e adotado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justi-

ça³⁸, Doutor Paulo Salvador Frontini, tese que assegura legitimidade **ad causam** ao Promotor de Justiça para impetração de mandado de segurança e **habeas corpus** em segundo grau de jurisdição, aduzindo que a ‘evolução do Estado de Direito relegou ao passado as limitações em nome da hierarquia lançadas que, além de não se sustentar diante de mero cotejamento entre o princípio referido da delegação de poderes, aliado aos direitos que os remédios têm por dever zelar, na prática última implicavam em violação daqueles direitos sem utilização da via constitucionalmente consagrada’.

...

Quando a Constituição Federal assegura ampla defesa e cria o Ministério Público, há que se extrair do sistema integral a conclusão de que o ‘Parquet’ deve ser o primeiro interessado na realização concreta e antecipada daquele princípio e, portanto, direta e substancialmente voltado para acusação advinda da naturalidade de seu organismo e da normalidade decorrente da distribuição legal dos serviços.

Governo algum pode interferir no Ministério Público para obter acusação contra inimigo político, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da ampla defesa. (...) E o contrário deve igualmente ser analisado. Governo algum pode interferir no ‘Parquet’ para obter denúncia que jamais chegará a bom termo ou arquivamento que deixará de levar à condenação justamente aquele que feriu a ordem jurídica”.³⁹

O autor acima já considerava o promotor natural presente na Constituição de 1967/69, por seu art. 153, §§ 1.º e 15, isto é, como desdobramento dos princípios da igualdade e da ampla defesa.

Concebe o Professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO – autor do mais completo estudo sobre o tema, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural: Atribuição e Con-*

³⁸ Do Estado de São Paulo.

³⁹ Loc. cit., esp. pp. 118/122.

*flito*⁴⁰, um trabalho de referência obrigatória no assunto – engenhoso e inteligente argumento para defender a garantia do promotor natural, já naquela mesma Carta:

“A falta da garantia do promotor natural poderia resultar, indiretamente, na possibilidade de se excluir da apreciação do Poder Judiciário, em face do princípio de que o juiz não pode proceder de ofício, de lesão de direito individual. Imagine-se a hipótese de crime de ação pública na qual é designado promotor, previamente escolhido para ficar inerte, não sendo escolhido para ficar inerte, não sendo possível ação privada subsidiária da pública por não existirem pessoas legalmente legitimadas (art. 31 do CPP). A única possibilidade de evitar, ou pelo menos de se ter uma garantia de que esta situação dificilmente ocorreria, estaria na consagração do princípio do promotor natural, que resultava também deste princípio constitucional insculpido no § 4.º, do art. 153.”

(*O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, cit., p. 53).

Afirma que a CF 67, quando se reportava ao princípio do juiz natural (proibição dos tribunais de exceção, art. 153, § 15, *in fine*), proibia também, implicitamente, o promotor de exceção, pena de infração à ampla defesa e ao devido processo legal. E identifica nos dispositivos ali existentes, acerca da estruturação do Ministério Público, regras que impediam não apenas o exercício das funções respectivas por pessoas estranhas a seus quadros, como a atuação, fora dos padrões legais, dos próprios membros do *Parquet*.

Sustenta, no mais, que, apesar de tal diploma constitucional ter sido bastante parcimonioso ao tratar do *Parquet*, sem norma expressa a respeito do promotor natural e nem mesmo a respeito da independência funcional dos integrantes do Ministério Público, mereceu da comunidade jurídica a compreensão de que esta última era inegável, à luz da cláusula do § 36 do art. 153 daquela Carta, a qual prescrevia (à semelhança do atual § 2.º do art. 5.º da

⁴⁰ 5.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.

vigente Constituição) que os direitos e garantias ali expressos não excluíam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Porém, efetivamente, tanto esse ilustre doutrinador, como todos os demais que posteriormente feriram o tema, é positivo em admitir que foi a Constituição de 1988 que real e indubitavelmente erigiu o postulado em pauta:

“A atual Constituição consagra de forma absoluta o princípio do promotor natural. Em primeiro lugar, por ampliar a sistematização dos direitos e garantias individuais, base da teoria do promotor natural (art. 5.º, *caput*, e n.ºs I, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e § 2.º), além de garantir de forma expressa o princípio da inamovibilidade (art. 128, I, letra *b*). Em segundo lugar, pela prévia investidura do agente na carreira do Ministério Público, através de concurso público, não podendo tais funções ser exercidas por outras pessoas ou agentes que não os integrantes da carreira (art. 129, §§ 3.º e 2.º, respectivamente).

Em terceiro lugar, como decorrência do princípio da independência funcional, previsto no § 1.º, do art. 127, uma vez que, como examinado anteriormente, a garantia do princípio da independência passa, necessariamente, pela predeterminação por lei do membro do MP que deverá officiar em determinado processo específico, e, portanto, da existência de um promotor natural para cada causa.

Em quarto lugar, pelo fato de o Ministério Público ser definido como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), atribuições estas que dependem de um devido processo legal que pressupõe, por força da garantia constitucional do n.º LIV, do art. 5.º da Constituição vigente, que a intervenção do MP, nesses casos, se faça através do promotor natural.

Em quinto lugar, porque a Constituição determinou de forma expressa que as atribuições de cada Ministério Público fossem fixadas em lei complementar (art. 128, § 5.º).

Este dispositivo constitucional exige a predeterminação por lei das atribuições a serem exercidas pelos diversos ministérios públicos e, portanto, reserva o efetivo exercício das suas diversas atribuições ao promotor legalmente legitimado.”

(*O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, cit., pp. 55/56).

A par de outras considerações altamente pertinentes, que não cabem neste estudo, merece destaque a invocação da titularidade e da inamovibilidade como garantias da observância do postulado em causa.

Em relação à jurisprudência do Supremo sobre a matéria, anote-se aqui que PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO consigna o HC 67.759-2-RJ como *leading case* da admissibilidade do princípio (ob. cit., pp. 101/176, com transcrição integral do julgado, sendo de registrar que vários dos votos ali proferidos, por sua vez, trasladaram trechos do eminente doutrinador).

Atualmente, é corrente na doutrina - sem contestação digna de nota - a admissão do princípio do promotor natural. Entre muitos, fazem explícita referência a ele em manuais, compêndios e trabalhos monográficos, E. ARRUDA ALVIM⁴¹, ADALBERTO N. HOMMERDING⁴², RUY PORTANOVA⁴³ e EDILSON SANTANA GONÇALVES⁴⁴, para não falar de obras dos tradicionais defensores do postulado⁴⁵.

Diversos artigos foram e são escritos a propósito desse prin-

⁴¹ *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo, RT, 1998, pp. 124/127.

⁴² *Vinte e uma Lições de Teoria Geral do Processo Civil*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003, pp. 176/177.

⁴³ *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, pp. 65/66.

⁴⁴ *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*, Curitiba, Juruá, 2000, pp. 140/142.

⁴⁵ Como o livro de HUGO NIGRO MAZZILLI, *Introdução ao Ministério Público*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 65/69.

cípio⁴⁶, impondo-se dar relevo a pelo menos dois deles, pela excelência dos trabalhos e conhecimento de causa de seus autores: *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, de CLAUDIO LEMOS FONTELES⁴⁷, e *Princípio do Promotor Natural*, de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN⁴⁸. No tocante à jurisprudência do STF, todos reconhecem no HC 67.759-2-RJ o caso-paradigma da consagração jurisprudencial desse postulado.

CLAUDIO FONTELES, atual Procurador-Geral da República, traça considerações altamente procedentes acerca do princípio do promotor natural, que vale a pena trasladar aqui, por se identificarem com nossa opinião pessoal:

a) a respeito da base principiológica do postulado:

“10. Não considero radique o princípio do Promotor Natural na inamovibilidade⁴⁹.

11. Permaneço assentando na *independência funcional* a matriz do princípio do Promotor Natural...⁵⁰;

b) acerca da origem normativa do postulado do promotor natural:

“não obstante a positivação de todas as virtualidades dos princípios referidos e de sua conciliação dependa da obra

⁴⁶ Diversos disponíveis na internet, v.g., *Algumas Considerações sobre o Princípio Constitucional do Promotor Natural*, de BENON LINHARES NETO, no endereço <<http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigo05.htm>>; *Promotor Natural: Dupla Garantia no Processo Penal*, de ROLF KOERNER JR., em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal9.htm>>; *O Princípio do Promotor Natural no Direito Brasileiro*, de JOÃO MARCELO BRASILEIRO DE AGUIAR, em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1056>>, etc.

⁴⁷ Em *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, RT, n.º 6, pp. 84/91.

⁴⁸ Em *Ministério Público II – Democracia*, São Paulo, Atlas, 1999 (JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR e RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, orgs.), pp. 139/149.

⁴⁹ Igualmente, embora consideremos que, sem a inamovibilidade, perde eficácia o princípio.

⁵⁰ *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., p. 86.

complementar de concretização legislativa (...), da vigência mesma da Constituição⁵¹ irradia-se...

...

... a Lei Complementar 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, *não definiu* o Princípio do Promotor Natural, mas *observando-o na sua evidência constitucional*, e para exemplificar, com o Ministério Público Federal⁵², *complementou-o executoriamente* no escalonamento das funções...⁵³

c) tocantes à relatividade do princípio⁵⁴, que se compadece, sim, com designações⁵⁵ e estabelecimento de grupos de traba-

⁵¹ Nesse aspecto, com CLAUDIO FONTELES, postamo-nos ao lado dos que, no seio do STF, entenderam desnecessária a interposição legislativa para admitir o promotor natural. A questão, porém, perdeu interesse, conforme já dito, com o advento da Lei 8.625 e da LC 75, ambas de 1993, que consolidaram e detalharam o princípio no plano da legislação ordinária, a primeira no plano dos Estados, a segunda na órbita federal.

⁵² Portanto, o mesmo pode ser dito, homologamente, aos Ministérios Públicos Estaduais, em referência à Lei 8.625/93 e às respectivas LCs estaduais.

⁵³ *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., p. 89.

⁵⁴ Na linha do entendimento, já referido neste artigo, do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em suas manifestações no STF, de que não é possível querer dar ao promotor natural a mesma extensão e características do juiz natural, postulado a partir do qual, como se viu, foi o primeiro construído analogicamente. A questão fundamental é impedir o promotor de exceção.

⁵⁵ Aqui, uma diferença importante entre o pensamento de FONTELES, a que nos acostamos, e o de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, autor do multicitado *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural: Atribuição e Conflito*. HUGO NIGRO MAZZILLI, implicitamente, concorda com o posicionamento que acompanhamos, porquanto lista vários “*Exemplos de designações legítimas*: a) *na recusa do arquivamento de inquérito policial ou inquérito civil*; b) *nas hipóteses excepcionais de afastamento compulsório*; c) *nos casos em que tenha o próprio procurador-geral atribuições originárias para oficiar, porque, sempre que originariamente lhe caiba agir, pode o procurador-geral avocar a prática do ato ou designar quem aja por ele (delegação)*; d) *nos casos de impedimento, suspeição, conflito de atribuições, recaindo a*

lho⁵⁶:

“19. Resta-nos o exame sobre as conseqüências - “o que decorre” (...) do Princípio do Promotor Natural.

20. No ponto, diz o prof. Paulo Carneiro, *verbis*:

“O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas ao quadros do *parquet*.

Todo e qualquer ato do Procurador-Geral que contrarie tal princípio, ainda que editado com aparência de legalidade como designações, avocação, delegação e formação de grupos especiais, é absolutamente nulo, incapaz de produzir qualquer tipo de efeito e sujeito a medidas legais que visem ao restabelecimento da observância do princípio do promotor natural (...).

21. Aqui, comete equívocos o il. professor.

22. *Primeiro*: o princípio de promotor natural *não pressupõe* a fixação das atribuições legais do órgão da instituição e a identidade física do Promotor ao processo que lhe está afeto. *Do princípio decorrem, são conseqüências*, tais ilações.

23. *Segundo*: designações; avocação; delegação não é

designação sobre o substituto automático; e) quando de designações quaisquer, em que os agentes envolvidos voluntariamente se disponham a aceitá-las. Neste último caso, uma ressalva deve ser feita: a designação deve ser feita com critérios abstratos, com o só escopo de auxílio ao promotor substituído, e não para, ainda que com a concordância do promotor designado e do substituto, furtar-se este último da atuação concreta que a lei lhe incumbiu” (Introdução ao Ministério Público, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 66).

⁵⁶ Nesse diapasão, além da invocação às já mencionadas lições do Ministro PERTENCE, no plano jurisprudencial, vale a pena consultar, na seara da doutrina, LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, *Princípio do Promotor Natural*, cit., pp. 145/148.

sempre – “todo e qualquer ato do Procurador-Geral” – afronta ao princípio do Promotor Natural.

24. O equívoco do professor parte do não ter empreendido a distinção entre: a razão de ser do princípio e o que dele decorre.

25. Tomou o princípio, por princípio, e tautologicamente nele tudo embutiu.

26. Tal raciocínio emaranhou realidade díspares.

27. Ora, a designação (...) é perfeitamente legal, porque em perfeita consonância com os valores que o princípio constitucional do Promotor Natural visa preservar – a atuação do Ministério Público, enquanto instituição, no compromisso único da defesa da sociedade –; assim como perfeitamente legal será a avocação do Procurador-Geral de processo-crime que, envolvendo indiciado ou réu, que só por ele possa ter a conduta examinada, permaneça tramitando em sede de 1.º grau (avocatória para restabelecer atribuição funcional, ponto não cuidado pelo prof. Paulo Carneiro, em sua obra); assim como perfeitamente legal é a delegação prevista no art. 28, do CPP, situação esta lembrada, e como tal admitida, pelo il. Professor a fls. 68, de sua obra.

28. Portanto – e aqui concluímos – se designações acontecem e, como ato consequencial que são, significam fiel observância aos propósitos do princípio do Promotor Natural, tal o caso presente pelo exame feito do ato questionado, a censura posta é inócua.” (HC n. 63 – fls. 125/128).

30. A LC 75/93 (...) consagrou este pensamento quando legitimou normativamente a distribuição especial de inquéritos, a propósito, clara em seu art. 62, inc. VI e parágrafo único...

...

31. Estabeleço, portanto, em conclusão que:

1.º O Princípio do Promotor Natural tem matriz constitucional expressa no princípio da independência funcional, não se justificando que dele se extraiam tão-somente efeitos inibidores próprios de proposição constitucional de incompletude, tal sucede com as chamadas normas *not*

self executing;

2.º O Princípio do Promotor Natural não veda a distribuição especial de inquéritos desde que amparado na razão de ser do princípio da independência funcional: a garantia da sociedade de que a persecução criminal judicial exclusivamente conferida ao Ministério Público cumpra-se, sempre, com plena autonomia; isenta de motivações subalternas; e com a exigida presteza no pleito por justiça.⁵⁷

5. A ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO EM FACE DE ALGUNS CONGÊNERES DE OUTROS PAÍSES

A despeito de suas raízes predominantemente francesas⁵⁸, o

⁵⁷ *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., pp. 90/91.

⁵⁸ Não cabe aqui historiar as origens do Ministério Público. Autores há que o identificam já na Idade Antiga (no Egito, em Roma, etc.), sendo que a maioria entende que seu berço se deu na França Medieval do rei Filipe, o Belo, por uma famosa *ordonnance* de 1302 em que se menciona pela primeira vez os procuradores e advogados reais e se fixa os termos do juramento que deviam, uns e outros, prestar: “*De faire justice aux grandes comme aux petits, aux étrangers comme aux citoyens, sans aucune acception de personne ou de nation; de garder et de conserver les droits du roi, sans néanmoins aucun préjudice des droits d'autrui; de faire observer les usages et les coutumes des lieux, et ne point souffrir dans leur juridiction de gens sans religion, de perturbateurs du repos public, d'usuriers et de gens scandaleux et de mauvaise vie, mais de les punir sans aucune dissimulation.*” (JEAN VOLFF, *Le Ministère Public*, Paris, PUF, 1998, pp. 15/16). Em versão livre: de fazer justiça aos grandes como aos pequenos, aos estrangeiros como aos cidadãos, sem discriminação alguma de pessoa ou nação; de guardar e conservar os direitos do rei, mas sem prejuízo nenhum aos direitos de outrem; de fazer observar os usos e costumes locais, e de forma alguma transigir, em sua jurisdição, com gente sem religião, com perturbadores do repouso público, com usurários nem com gente escandalosa e de má vida, e sim puni-los sem contemplação. Quase todos os que escreveram e escrevem sobre o Ministério Público dedicam muitas páginas à sua bela origem histórica. Dentre as obras recentes, uma das mais abrangentes, nesse ponto, é *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, de JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO. Um texto de fácil acesso - disponível na internet - que faz uma síntese fundamentada em boas fontes e *quantum satis* completa dessa matéria é *Ministério Público: Aspectos Históricos*, de VICTOR ROBERTO CORRÊA DE SOUZA, no site da internet <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4867>>.

Ministério Público, no Brasil⁵⁹, adquiriu características distintas daquelas que assinalam a Instituição na França.

Ali, embora os membros do *Parquet*⁶⁰ sejam considerados magistrados⁶¹, eles se submetem a um estatuto distinto daquele

⁵⁹ De lembrar-se as profundas influências lusas que, historicamente, estão na origem do nosso Ministério Público, como não podia deixar de ser.

⁶⁰ A propósito desse nome, tão popular entre nós, vale a curiosidade de transcrever o seguinte esclarecimento da doutrina francesa, que põe abaixo a mais conhecida versão de sua origem: "*Le nom de parquet est également donné au ministère public, par référence à la barrière en lattes de bois qui, depuis le haut Moyen Age, delimitte l'enceinte em plein air ou la partie de la salle d'audience dans laquelle se tiennent les magistrats et les auxiliares de justice, les séparant ainsi symboliquement et matériellement du public et des plaideurs. Étymologiquement, parquet est en effet le très ancien diminutif du mot parc, né au XIV^e siècle. Au XVIII^e, l'Enciclopédie de Diderot et d'Alembert évoque d'ailleurs l'existence de diverses enceintes nommées parquets dans les Salles de Justice. Cette appellation, contrairement à une légende complaisamment répandue, n'a donc rien à voir avec le pancher de l'auditoire. Au sein des parlements de l'Ancien Régime les "gens du roi" se tenaient ainsi dans et non sur le parquet, Assis sur des gradins fleurdelysés, face au Premier Président et aux présidents, au milieu des conseillers de la chambre des enquêtes et de la chambre des requêtes"* (JEAN VOLFF, *Le Ministère Public*, Paris, PUF, 1998, p. 7). Em vernáculo: o nome *parquet* é igualmente dado ao Ministério Público por referência à barreira em ripas de madeira que, desde a alta Idade Média, delimita o recinto, ao ar livre, ou a parte da sala de audiência na qual ficam os magistrados e os auxiliares da Justiça, separando-os, tanto simbólica quanto materialmente, do público e dos litigantes (ou seja, os *cancelos*). Etimologicamente, *parquet* é, com efeito, o antiqüíssimo diminutivo da palavra *parc*, surgida no século XIV. No XVIII, a *Enciclopédia* de Diderot e d'Alembert evoca, aliás, a existência de diversos recintos chamados *parquets* nas salas de Justiça. **Essa denominação, contrariamente a uma lenda complacientemente disseminada, não tem, portanto, nada a ver com o assoalho** do auditório. No seio das cortes do Antigo Regime, as *gens du roi* [denominação primeva dos agentes do Ministério Público] ficavam, assim, **dentro do** e não **sobre o (no) parquet, sentados** [e aí cai por terra outro mito, o da magistratura *debout*, ou de pé, embora seja freqüente, como o próprio autor em foco faz, referir-se aos juízes como magistrados *du siège*, isto é, do assento, ou *assises*, sentados, em contraposição aos representantes do MP] sobre os degraus flor-de-lisados diante do Primeiro Presidente e dos presidentes, no meio dos conselheiros da câmara de inquéritos e da câmara de requerimentos.

⁶¹ Nos termos da *ordonnance* de 22 de dezembro de 1958, que consagra a unidade da magistratura judiciária. Juízes e Procuradores são recrutados pela mesma via (através da Escola Nacional da Magistratura) e podem mesmo, ao

dos juizes propriamente ditos, destacando-se, em relação aos agentes do Ministério Público, a **ausência de inamovibilidade**, a **hierarquização** e a **sujeição (inclusive disciplinar) ao Ministro da Justiça** (*Garde des Sceaux*, Guarda dos Selos, na denominação tradicionalíssima em francês), que pode expedir instruções para a atuação dos Procuradores.⁶²

Esse princípio hierárquico comporta nuances. As instruções do Ministro somente são dadas para casos importantes. Além disso, os agentes do MP podem se pronunciar oralmente segundo sua consciência, e não conforme as instruções recebidas, que somente os vinculam em suas manifestações escritas, conforme o adágio *la plume est serve mais la parole est libre* (a pena é serva mas a palavra é livre).⁶³

Do mesmo modo, na Itália, onde igualmente os agentes do *Parquet*, embora parte do Judiciário (*magistratura requirente*, contraposta à *giudicante*, no dizer de CRISANTO MANDRIOLI⁶⁴), não dispõem de inamovibilidade, constitucionalmente reservada aos Juizes, estando também, conforme o direito peninsular, sujeitos à

longo de suas carreiras, passar uma função para a outra (Juizes se tornam Procuradores e vice-versa), isso em todos os níveis da hierarquia. O Conselho Constitucional tem seguidamente consagrado a qualidade de *magistrados da ordem judiciária* dos representantes do Ministério Público (JEAN WOLF, ob. cit., pp. 23/24).

⁶² JEAN WOLF, ob. cit., pp. 30/40. No mesmo sentido, GEORGE BURDEAU, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 15.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972, p. 610.

⁶³ NICOLE STOLOWY, *Organisation Judiciaire*, 2.^a ed., Paris, Vuibert, 2002, p. 16. Cf. JEAN WOLF, ob. cit., pp. 34/37. Ver ainda, a propósito do *parquet* francês, PIERRE LYON-CAEN, *Le Ministère Public Français entre l'Exécutif et le Judiciaire*, e JEAN-CLAUDE NICOD, *Le Ministère Public en France*, ambos em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), o primeiro às pp. 57/62, e o último às pp. 107/119, este indignadíssimo com a falta de autonomia dos agentes do MP francês. Na doutrina nacional, JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO, *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 72/83.

⁶⁴ *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. 1, Turim, G. Giappichelli, 1995, p. 354.

autoridade administrativa, exercendo suas funções sob a direção do Ministério da Graça e Justiça⁶⁵, e marcados pela hierarquia, porquanto cada membro do MP é efetivamente subordinado ao chefe do órgão.⁶⁶

Ao Direito Alemão, a Instituição do Ministério Público chegou através da França, como registra LEO ROSENBERG⁶⁷. Isso já diz algo sobre o *Parquet* tedesco. Perquirindo mais aprofundadamente sua natureza, encontra-se situação que chega a ser lamentada por boa parte dos estudiosos. RAOUL MUHM⁶⁸, Professor da Universidade Ludwig Maximilian, de Munique⁶⁹, lembra a “reconhecida falta de independência dos Procuradores da República” daquele país⁷⁰.

⁶⁵ Veja-se, a propósito, SALVATORE SATTA, *Direito Processual Civil*, v. 1, 7.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, p. 119.

⁶⁶ ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 134. Dentre os autores nacionais, JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO, *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, às pp. 83/92, expõe o sistema do MP italiano.

⁶⁷ *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. 1, Buenos Aires, EJE, 1955, p. 146.

⁶⁸ No seu trabalho *O Caso Kohl e o Papel do Ministério Público na Alemanha*, disponível na internet, no site <<http://members.xoom.virgilio.it/larchivio/raulporto.htm>>.

⁶⁹ Mesma Instituição da qual CLAUS ROXIN é (ou era) catedrático.

⁷⁰ De fato. HEINZ STÖTZEL, Presidente do MEDEL – Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (Magistrados Europeus pela Democracia e as Liberdades) diz: “*En Allemagne il est (...) assez facile de supprimer des actions du Ministère Public en cas de corruption dans la vie politique, puisque le Ministère Public et chaque procureur n’est absolument pas indépendant. Il se trouve dans un système très hiérarchisé, toujours dépendant des instructions du ministre de la justice et du procureur général, et celui-ci dépend aussi des instructions du ministre*”. Traduzimos livremente: na Alemanha é muito fácil suprimir as ações do Ministério Público em caso de corrupção na vida política, porque o MP e cada Procurador não é, de forma alguma, independente. Ele está dentro de um sistema muito hierarquizado, sempre dependente das instruções do Ministro da Justiça e do Procurador-Geral, e este depende também das instruções do Ministro.” *Discurso do Presidente de MEDEL*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 15/17, p. 16.

Diz ele que, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias, o MP é um órgão de administração e tutela da Justiça (*Organ der Rechtspflege*) *sui generis*, integrado no Poder Executivo, com uma organização **rigidamente hierarquizada** do Ministério Público, tal como está prevista no texto legal⁷¹. Efetivamente, *ex vi* dos §§ 146 e 147 da Lei de Organização Judiciária (GVG) alemã, o Procurador da República está submetido ao poder de direção do seu superior hierárquico⁷², podendo receber tanto instruções genéricas como específicas, tal como na França.

Ainda em relação à organização hierárquica - e em ponto bastante importante para a discussão da problemática do promotor natural - convém ressaltar que, para os fins do § 145 do GVG, o superior tem ainda, na fase de inquérito, os poderes de avocação e de substituição do Procurador titular⁷³. Pior: o exercício desses poderes pelo superior hierárquico não depende de maiores formalidades, não sendo sequer necessária fundamentação para isso. Instruções orais bastam, e aliás constituem a prática corrente.

Reconhece MUHM que existe doutrina defendendo a insubsistência de subordinação do *Parquet* ao Ministro da Justiça, baseada na assimilação da função do Ministério Público ao Poder Judiciário, ou sustentando a existência de limites implícitos aos poderes diretivos e instrutórios dos agentes superiores do MP, em virtude

⁷¹ Por sinal, RAOUL MUHM cita, nesse momento, ninguém menos que KLAUS ROXIN (*Strafverfahrensrecht*, 25.^a ed., Munique, Beck's, 1998, p. 48), entre outros autores. Faço o registro porque esse doutrinador foi, por diversas vezes, invocado no parecer trasladado no voto condutor do RE 387974-DF, que originou este artigo.

⁷² Que pode ser o Procurador-Chefe da Procuradoria da República (*Leiter der Staatsanwaltschaft*), o Procurador-Geral junto ao Tribunal de Apelação ou, no topo, o Ministro da Justiça do *Land* (Estado-membro). A seu turno, a Procuradoria Federal da República junto ao Supremo Tribunal Federal está submetida ao Ministro Federal da Justiça (uso aqui os termos da tradução, ao que parece, portuguesa, do texto consultado; adaptando-a ao Brasil, ter-se-ia que os Promotores de Justiça seriam submetidos ao Procurador-Geral de Justiça e este ao Secretário Estadual de Justiça, e os Procuradores da República ao Procurador-Geral da República, e este, ao Ministro da Justiça).

⁷³ Novamente, aqui, invoca-se o magistério de ROXIN.

da natureza jurídica deste como órgão *sui generis* de administração e tutela da Justiça, vinculado aos deveres de verdade e legalidade, havendo opiniões de que, ao menos na fase de julgamento, o Procurador da República deve poder agir apenas segundo a sua convicção e consciência, gozando de plena autonomia. Mas, segundo ele, a própria existência dessas construções teóricas já demonstra que, efetivamente, o contexto normativo não as torna plausíveis, tanto que, na jurisprudência, tem-se aplicado uma interpretação tradicional aos dispositivos legais restritivos.

Até por isso, vários autores⁷⁴ têm reclamado uma reforma global na estrutura hierárquica do Ministério Público alemão, sendo digno de nota projeto do próprio Ministério Federal da Justiça introduzindo uma série de garantias a favor do Procurador subalterno, para ao menos limitar o poder hierárquico interno e externo (ou seja, do Executivo), aumentar a transparência da atividade da Procuradoria da República e ao mesmo tempo conferir, e também reconhecer, ao procurador da República, ao menos durante o julgamento, maior dignidade profissional e moral⁷⁵.

⁷⁴ Dentre os quais ROXIN.

⁷⁵ Informa MUHM que a necessidade de uma reforma do sistema hierárquico das Procuradorias da República na Alemanha já chegou a ser detectada oficialmente numa comissão parlamentar de inquérito no Estado de Baden-Württemberg. Chegou-se, ali, a encontrar o que ele denomina **conivência** entre o Ministério da Justiça e os Procuradores da República, *“os quais frequentemente decretavam o arquivamento da ação penal nos casos em que estavam envolvidas personalidades estreitamente ligadas ao Governo. Na sequência desse inquérito parlamentar, os representantes da FDP, o partido liberal, naquela época membro da coligação governamental em Bonn, sustentaram que a atividade da Procuradoria da República não estava de acordo com as obrigações impostas pela lei, sendo constatada com preocupação a existência de uma intervenção excessiva por parte do Ministro da Justiça em relação ao processamento da ação penal contra personalidades influentes, com estreita relação com os representantes governamentais. E concluíram propondo que os Procuradores da República deveriam poder agir de forma análoga à dos Juizes, de modo independente e livre de instruções. Dessa forma acabariam as suspeitas de conivências e ingerências ilícitas. Por fim, os representantes da FDP preconizaram uma reforma com o objetivo de eliminar a atual estrutura hierárquica de subordinação a instruções superiores. Importa neste contexto sublinhar que as reclamações de uma maior transparência da ação das Pro-*

Por isso, ele insiste em concluir que

“o modelo alemão do Ministério Público, caracterizado pela estreita dependência hierárquica em relação ao executivo, não parece idôneo a garantir uma atividade liberta de influências externas, e portanto imparcial, nem a garantir a realização do preceito constitucional da igualdade perante a lei.”⁷⁶

Na Espanha, por sua vez, o MP, ali chamado *Ministerio Fiscal*⁷⁷, conquanto contemplado pela Constituição, não recebeu desta

curadorias da República e a eliminação da estrutura hierárquica de subordinação às instruções foram propostas também e com vigor pela Associação Alemã de Juizes, a qual inequivocamente defende a necessidade de uma reforma do atual sistema, em particular a eliminação do poder de dar instruções concretas por parte do Ministro da Justiça. Estas reclamações foram recentemente (...) retomadas e recomendadas por Horst Böhm, presidente da Associação de Juizes da Baviera (Bayerische Richtervereinigung), especialmente quando estiverem em causa inquéritos politicamente relevantes ou haja interesses econômicos significativos. Considerando o real perigo de ingerências indevidas, Horst Böhm especifica que tal reforma é necessária precisamente para eliminar as suspeitas de ingerência.” (RAOUL MUHM, cit.).

⁷⁶ RAOUL MUHM, loc. cit. Ainda sobre o MP alemão e sua falta de independência (especialmente a de seus agentes), HELGARD WALTER-FREISE, *Le Ministère Public en Allemagne, Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 99/105. No Brasil, JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO, *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, às pp. 64/72, trata sobre o MP tedesco.

⁷⁷ O uruguaio ENRIQUE VÉSCOVI esclarece: “*En varios países de Latinoamérica mantenemos el nombre original del francés (ministère public) o del italiano (pubblico ministero), pero de España nos viene la denominación de ministerio fiscal, que recogen algunos códigos como en la República Argentina, especialmente para designar al acusador público en el proceso penal (...), dejando el nombre de ministerio público pupilar, para el defensor, en el proceso civil, de los menores, incapaces, etc. Como ministerio fiscal se designa en el Uruguay solamente a quien representa, en juicio, los intereses del fisco, mientras que se llama ministerio público a quienes actúan en el proceso penal (con el nombre de fiscales del crimen) o en el civil (con el nombre de fiscales de la civil). En casi todos nuestros países se llama procurador del Estado (de la nación, etc.) al órgano superior de la jerarquía del ministerio público.” (Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis, 1984, pp. 174). Se parece confuso, imagine-se um estrangeiro diante de nossa nomenclatura, extremamente infeliz no*

contornos nítidos tocantes a sua posição na relação entre os Poderes do Estado, o que dá margem à atuação do legislador ordinário. Nada obstante, por mais que sua lei orgânica⁷⁸ proclame estar ele integrado com autonomia funcional no Poder Judicial, não é o *Parquet* espanhol, em verdade, parte do Judiciário, pois a mesma norma o submete, em determinados aspectos, ao Executivo⁷⁹. Daí a doutrina incluir, entre seus **princípios de organização**, o da **dependência**.⁸⁰

tocante à similitude nominal de funções em verdade bem diversas: Procurador da República (MP), Procurador da União, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador do Estado *et alii* (defensores de ente público).

⁷⁸ EOMF - *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, Lei 50/1981, de 30 de dezembro.

⁷⁹ “Este [o Executivo] es parte y tiene intereses en conflictos a resolver por los órganos judiciales y en los que intervendrá el Ministerio Fiscal. La tentación de influir en los fiscales para mejor proteger sus intereses es lógico que se dé. El instrumento para ejercer esas influencias será el Fiscal General del Estado, persona de su confianza, y cuya permanencia en el cargo depende de que no pierda ésta” (*La Elección del Fiscal General del Estado: Hacia una Intervención Parlamentaria*, *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 63/65, esp. p. 64). Em língua nacional: este (o Executivo) é parte e tem interesses em conflitos a serem resolvidos pelos órgãos judiciais, nos quais intervirá o Ministério Público. A tentação de influir nos Procuradores para melhor proteger seus (do Executivo) interesses, é lógico que se dê. O instrumento para exercer essas influências será o Procurador-Geral, pessoa de sua (do Executivo) confiança, e cuja permanência no cargo depende de que não a perca.

⁸⁰ VÍCTOR MORENO CATENA, VALENTÍN CORTÉS DOMINGUEZ *et* VICENTE GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 191/200. Especificamente sobre o princípio da dependência: “La dependencia jerárquica en la organización del MF es una de las notas esenciales que le caracterizan y le diferencian de otros órganos que se mueven en su misma esfera, como los órganos jurisdiccionales (...). El Fiscal General podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (...), teniendo análogas facultades los Fiscales Jefes de cada órgano (...). El fiscal que reciba una orden o instrucción deberá atenerse a la misma en sus dictámenes (...). En cualquier caso, los Fiscales Jefes, los Tenientes Fiscales y todos los miembros del MF actúan siempre en representación de la Institución y por delegación de sus jefes respectivos...” (p. 197). Em vernáculo: A dependência hierárquica na organização do MP é uma das notas essenciais que o

Evidentemente, bem diversa é a situação do MP brasileiro, em que o princípio da **independência** funcional (ausentes nos pré-falados modelos europeus) contrabalança aqueles da unidade e da indivisibilidade, herdados da tradição francesa, somente se permitindo cogitar, aqui, de hierarquia, em uma dimensão muito peculiar.

A propósito, calha a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI, por sinal no próprio trabalho precursor do princípio do promotor natural no Direito Brasileiro:

“Sendo o Ministério Público órgão do Poder Executivo, há nele hierarquia? Sim, em parte. A Constituição Federal diz que o Ministério Público ‘tem por chefe’ o Procurador-Geral (artigo 95, *caput*); a Constituição do Estado⁸¹ repete isso (artigo 47, § 1.º); a Lei orgânica do Ministério Público⁸² atribui ao Procurador-Geral da Justiça poderes de avocação, de delegação, de designação (artigo 27, inciso I, do Decreto-lei Complementar Estadual n. 12, de 9 de março de 1970).

Até que ponto vai a hierarquia?

Tornaghi diz que no Brasil não vai longe, pois aqui ‘et la plume et la parole sont libres’⁸³ (‘Compêndio’, pág. 382)...”

caracterizam e diferenciam de outros órgãos que se movem em sua mesma esfera, como os órgãos jurisdicionais (...). O Procurador-Geral poderá expedir a seus subordinados ordens e instruções convenientes ao serviço, tanto de caráter genérico como referidas a assuntos específicos (...), tendo análogas faculdades os Procuradores-Chefes de cada órgão (...). O Procurador ou Promotor que receber uma ordem ou instrução deverá ater-se aos ditames dela (...). Em qualquer caso, os Procuradores-Chefes, os Procuradores Substitutos e todos os Membros do MP atuam sempre em representação da Instituição e por delegação de seus chefes respectivos...

⁸¹ Refere-se a São Paulo.

⁸² Também do Estado de São Paulo. O raciocínio, entanto, era válido para praticamente todas as unidades da Federação à época.

⁸³ *Sic*, mas deve ser *la plume et la parole sont libres*, em francês *a pena e a palavra são livres*. Referência à regra do Ministério Público francês, traduzida no brocardo *la plume est serve mais la parole est libre* (a pena é serva, mas a palavra é livre) segundo a qual os agentes inferiores do *Parquet* são vinculados, em suas peças processuais, às determinações da hierarquia, mas têm liberdade de palavra, enquanto no Brasil há liberdade tanto de expressão oral como escrita.

Se assim era antes da Carta de 1988, o que dizer diante de disposições como as dos arts. 127, § 1.º (“São princípios institucionais do Ministério Público (...) a independência funcional”) e 128, § 5.º, I, *b* (“Leis complementares da União e dos Estados (...) estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros (...) as seguintes garantias: (...) inamovibilidade...”), para não falar no art. 129, IX (“São funções institucionais do Ministério Público: (...) outras (...) que lhe forem conferidas (...), sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”) e no § 2.º do mesmo art. 129 (“As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira...”)?

Efetivamente, existe hierarquia no Ministério Público brasileiro, mas tão-somente no sentido administrativo. Jamais no funcional, consoante HELY LOPES MEIRELLES:

“os membros do Ministério Público só se sujeitam ao controle de órgãos superiores e diretivos da Instituição (Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público), na sua conduta administrativa ao longo da carreira, ou nos seus atos pessoais que afrontem a probidade e o decore que se exigem de todo agente público, principalmente dos que desfrutam de alguma parcela da autoridade estatal. No mais, os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição.”⁸⁴

Como brilhantemente pontifica CLAUDIO FONTELES,

“Em face das peculiaridades de nosso Ministério Público, hierarquia (...) só se concebe num sentido administrativo, pela natural chefia exercida na instituição pelo seu Procurador-geral (poderes de designação na forma da lei, disciplina funcional, solução de conflitos de atribuições etc.).

⁸⁴ Parecer publicado em *Justitia*, 123/185, *apud* HUGO NIGRO MAZZILLI, *Introdução ao Ministério Público*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 69.

Não se pode cogitar, porém, de hierarquia no sentido funcional.

Alguns, entretanto, procuram extrair o princípio hierárquico funcional da própria unidade e indivisibilidade da instituição, insistindo no poder de avocação do Procurador-geral de Justiça (LC estadual 304/82, art. 32, I, n. 17; *Jus-titia*, 107:141 e 145: RT, 553:428-STF; RTJ, 86:433, 101:571). Entretanto, a unidade é o conceito de que os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que seus membros podem ser substituídos pelos outros, 'não arbitrariamente, porém, sob pena de grande desordem, mas segundo a forma estabelecida na lei' (TJSP, Rcrim 128.587-SP, Rel. Mendes Pereira; cf. RT, 494:269 e 271). Hoje, porém, deve ser dito que os poderes do Procurador-geral encontram limite na independência funcional dos membros da instituição. Não se pode impor um procedimento funcional a um órgão do Ministério Público, senão fazendo recomendação sem caráter normativo (...), pois a Constituição e a lei complementar, antes de assegurarem aos seus membros garantias pessoais, *deram-lhes garantias funcionais*, para que possam servir aos interesses da lei, e não aos dos governantes" (pp. 52-53, grifamos).⁸⁵

Mais não é necessário dizer acerca desse ponto.

6. NORMAS POSITIVAS QUE CONSAGRAM O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL NO BRASIL

A Constituição, como todos sabem, reza:

"Art. 5.º 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:

...

⁸⁵ *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., pp. 87/88. Os destaques são do original.

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

...

LIII - ninguém será **processado** nem sentenciado **senão pela autoridade competente**;

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;

...

§ 2.º 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.”⁸⁶

O princípio do promotor natural tem evidente sede constitucional no inciso LIII do art. 5.º da Lei Maior, juntamente com o do juiz natural, este também contemplado no inciso XXXVII do mesmo dispositivo.

Parece claro que o constituinte, além de afastar o julgador de exceção, quis também afastar o acusador de exceção, quando não apenas disse que ninguém pode ser sentenciado senão pela autoridade competente, mas afirmou igualmente que ninguém pode ser processado senão pela autoridade competente.

Autores há, conforme vimos, que invocam ainda, como alicerces do promotor natural, os princípios constitucionais da igualdade (art. 5.º, *caput*), do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e da ampla defesa (art. 5.º, LV), bem como a cláusula genérica do § 2.º do art. 5.º, que não exclui outros princípios decorrentes do sistema constitucional e dos valores por ele adotados.⁸⁷

⁸⁶ Grifou-se.

⁸⁷ CLAUDIO FONTELES, a propósito, busca ainda outros suportes constitucionais: “porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

Como quer que seja, tais estatuições maiores, ao lado daquelas, já mencionadas no item anterior, tocantes ao desenho constitucional do Ministério Público em nosso país (arts. 127 e ss., da Lex Magna), em especial a independência funcional (§ 1.º do art. 127 do Diploma Maior), levam à conclusão de que o princípio do promotor natural tem assento direto na Constituição.

Esse foi o entendimento de parte dos votos vencedores dos Ministros do Colendo Supremo Tribunal Federal no precedente mais importante nessa matéria, o várias vezes referido HC 67.759-2-RJ. Outra parcela dos vencedores acolheu o postulado do promotor natural, mas considerando necessária a atuação do legislador ordinário. Esse problema desapareceu, consoante já registrado aqui, porquanto a legislação reclamada adveio.

Na Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em que são dispostas as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, o princípio do promotor natural está claramente acolhido e detalhado em inúmeros dispositivos.

Já no artigo que estabelece a competência do Procurador-Geral de Justiça, encontra-se o seguinte:

“Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

...

IX - designar membros do Ministério Público para:

...

e) acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo recair a escolha sobre **o membro do Ministério Público com atribuição para, em tese, oficiar no feito**, segundo as regras ordinárias de distribuição de

*ameaça a direito” - art. 5.º, inc. XXXV, CF 88 -, princípio da inafastabilidade da jurisdição, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” - art. 5.º, inc. LIII, da Constituição Federal de 1988 -, que é o princípio do Juiz Natural do exercício da jurisdição. (...) Assim também, porque “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado” - art. 127, caput, da CF/88 -, princípio da imprescindibilidade do Ministério Público, é princípio institucional do Ministério Público a independência funcional - § 1.º do art. 127, da Constituição Federal de 1988 -, que é o princípio do Promotor Natural à provocação da jurisdição.” *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., p. 86.*

serviços;

f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de **titular de cargo**, ou com **consentimento deste**;

g) por **ato excepcional e fundamentado**, exercer **as funções processuais afetas a outro membro da instituição**, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público⁸⁸;

...

X - dirimir **conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público**, designando **quem deva officiar** no feito;

...⁸⁹

⁸⁸ A propósito deste dispositivo, registre-se que ele parte do princípio do promotor natural, ao admitir que a cada membro do *Parquet* estão afetas determinadas funções (a tal “atribuição para, em tese, officiar”, de que já falara a alínea e do mesmo inciso IX do art. 10), tanto que só admite que o PGJ designe outro membro em seu lugar por ato **excepcional** e fundamentado. Esse afastamento (pontual) do promotor natural, porém, só se justifica validamente diante de situações graves. Comenta PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: “*quais seriam os fundamentos que autorizariam esta verdadeira designação atípica, sem comprometimento ao princípio do Promotor Natural? (...) nos casos em que o Procurador-Geral entendesse e fundamentasse que o Promotor de Justiça com atribuição não possa desincumbir-se a contento de sua missão, com base em princípios legais, podendo comprometer a própria missão constitucional da instituição. Assim, quando for caso de suspeição não declarada pelo Promotor, atraso no cumprimento dos prazos, falta de empenho ou diligência nos atos que lhe são próprios, inclusive produção de prova, favorecimento a uma das partes etc. A quebra de um princípio constitucional, como o do Promotor Natural, somente poderia ocorrer quando os interesses em jogo fossem de superior importância, ou seja, o sacrifício do princípio só pode ocorrer por outro de natureza superior ou, até mesmo, para garantir o próprio princípio. Nos exemplos que formulamos (...) encontram-se em jogo princípios constitucionais da mais alta grandeza, como o devido processo legal, o contraditório e a consecução do princípio regente da instituição de promover, de acordo com a lei, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (ob. cit., pp. 81/82).

⁸⁹ Grifou-se.

É clara, portanto, a opção legislativa pelo postulado em exame, ficando sem sentido, no plano do Direito Positivo, a idéia de uma radicalização do princípio da unidade da Instituição, na qual todo e qualquer membro a representa e pode exercer seja qual for a função para que seja indicado.

O art. 11 do mesmo diploma, p. ex., permite ao PGJ ter em seu Gabinete, no exercício de cargo de confiança, Procuradores ou Promotores de Justiça da mais elevada entrância ou categoria, por ele designados. Ou seja, se não houvesse a autorização da lei para tanto, não seria possível a ele tal designação. Por outro lado, não é todo membro do *Parquet* que pode ser designado, mas apenas e tão-somente os que preencham o requisito de estar na mais elevada entrância ou categoria.

O promotor natural aparece com clareza, ainda, nos dispositivos seguintes:

“Art. 23. As Promotorias de Justiça são órgãos de administração do Ministério Público com pelo menos um cargo de Promotor de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho **das funções que lhe forem cometidas pela Lei Orgânica.**

...

§ 2.º **As atribuições das Promotorias de Justiça e dos cargos dos Promotores de Justiça** que a integram **serão fixadas** mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

§ 3.º A exclusão, inclusão ou outra modificação nas atribuições das Promotorias de Justiça ou dos cargos dos Promotores de Justiça que a integram serão efetuadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada por maioria absoluta do Colégio de Procuradores.

Art. 24. O Procurador-Geral de Justiça poderá, **com a concordância do Promotor de Justiça titular**, designar outro Promotor para funcionar em **feito determinado**, de

atribuição daquele⁹⁰.⁹¹

A lei, além disso, banuiu expressamente o promotor *ad hoc*:

“Art. 25. ...

...

Parágrafo único. É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, sob pena de nulidade do ato praticado.⁹²

Quando detalha o exercício das funções ministeriais, diz a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:

Art. 26. ...

§ 1.º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.⁹³

Portanto, similarmente aos privilégios de foro (relativamente ao Judiciário), há autoridades que têm uma espécie de privilégio de notificação ou requisição (no tocante ao MP). No primeiro caso, são submetidas a outro órgão do Judiciário, diverso do que seria o

⁹⁰ O dispositivo acolhe o promotor natural ao reconhecer que este é o agente do *Parquet* que tiver atribuição para atuar no feito, mas permite que o PGJ designe outro, desde que com a concordância dele. A garantia do promotor natural seria, então, renunciável? PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, após insistir na irrenunciabilidade das atribuições legais dos membros do MP, explica: “a intenção do legislador foi a de possibilitar naqueles casos de especialização de matéria, de existência de relevante interesse público, da necessidade de dedicação quase exclusiva do Promotor a determinada causa, fosse possível designar outro para permitir melhor desempenho processual ou mesmo evitar eventual comprometimento da Instituição. (...) É preciso haver uma conscientização de base que evite o sacrifício do princípio unicamente por causa de uma possível melhor performance de outro membro mais capaz, mais experiente. O caminho a trilhar, seguro, está no incentivo e na criação de grupos de apoio” (ob. cit., pp. 83/84).

⁹¹ Grifou-se.

⁹² Grifou-se.

⁹³ Grifou-se.

juiz natural para julgá-las caso elas não tivessem tal prerrogativa. No segundo, *mutatis mutandis*, estão sujeitas ao chamamento pro-manado de outro órgão do *Parquet* (no caso, o Procurador-Geral de Justiça) que não aquele que seria o promotor natural (o Promotor ou Procurador de Justiça encarregado do feito) para procedê-lo, não fosse a referida prerrogativa.

E ainda, no mesmo artigo:

“Art. 26. ...

...

§ 5.º Toda representação ou petição formulada ao Ministério Público será distribuída entre **os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la**, observados os critérios fixados pelo Colégio de Procuradores.”⁹⁴

Novamente, a lei estabelece que não são quaisquer membros que podem atuar, mas somente os que “tenham atribuições” para tanto, espancando-se a noção absolutista de unidade institucional.

Assim também nos arts. 29, em que lista as atribuições⁹⁵ do Procurador-Geral de Justiça (e só dele, não de outro qualquer membro do Ministério Público); 31, as dos Procuradores de Justiça (e só destes); 32, as dos Promotores (e somente deles, falando, por sinal, em “esfera de atribuições”), sempre com referência à origem constitucional ou legal de tais cometimentos⁹⁶.

Dando eficácia a todo esse arcabouço, a garantia de inamovibilidade, de origem constitucional, minudenciada no referido texto legislado em seu art. 38, II, e nos arts. 39 e 65. Consultem-se, ainda, os arts. 15, VIII e respectivo § 2.º, e 12, VIII, *d*.

Em diversos outros dispositivos desse diploma – que seria enfadonho e desnecessário ficar listando e comentando – também se relacionam, direta ou indiretamente, com o promotor natural.

Normas de mesmo jaez são reproduzidas nas Leis Comple-

⁹⁴ Grifou-se.

⁹⁵ Institucionais, registre-se, não meramente administrativas.

⁹⁶ Ou, quando menos, por delegação autorizada em lei.

mentares Estaduais que regem, especificamente, o Ministério Público de cada um dos Estados.

Quanto ao Ministério Público da União, a Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, que o disciplina, traz disposições que igualmente consagram o promotor natural.

Destacam-se, inicialmente, os §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da LC 75/93 (LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União), aquele impondo aos órgãos do MPU o dever de zelar, entre outras coisas, pelo **livre exercício de suas funções**, e este último estabelecendo que **somente a lei** pode especificar tais funções, atribuídas constitucionalmente e pela própria norma complementar, observados os princípios e regras nelas estatuídos.

O art. 8.º, § 4.º da LOMPU cria, relativamente ao Ministério Público da União, o já referido privilégio de notificação ou requisição, atribuído às autoridades ali especificadas, só podendo a elas se dirigir o Procurador-Geral da República ou seu delegatário.

No art. 27 do mesmo diploma, a possibilidade de o Procurador-Geral da República designar – e apenas dentre integrantes da carreira maiores de 35 anos – o Vice-Procurador-Geral da República. Não fosse a autorização legal em pauta, não poderia fazer tal designação.

No seu art. 33, a proibição de promotor *ad hoc* na esfera da União, impondo que as funções do MPU só podem ser exercidas por integrantes da respectiva carreira.

E, no artigo seguinte – disposição importantíssima em termos de promotor natural, pois é, a meu sentir, sua expressão mais inquestionável:

“Art. 34. A lei estabelecerá o número de cargos das carreiras do Ministério Público da União e os ofícios em que serão exercidas suas funções.”⁹⁷

⁹⁷ Disposição que se complementa com a seguinte: “Art. 81. Os ofícios na Procuradoria-Geral da República, nas Procuradorias Regionais da República e nas Procuradorias da República nos Estados e no Distrito Federal são unidades de lotação e de administração do Ministério Público Federal. Parágrafo único. Nos municípios do interior onde tiverem sede juízos federais, a lei criará

Como desdobramento, o art. 44 e seu parágrafo único, definindo a carreira do Ministério Público Federal.

Nos arts. 46 e 48, as atribuições institucionais do Procurador-Geral da República, que não podem ser exercidas por mais nenhum outro órgão da Instituição⁹⁸, no 47, as designações, e no 50, as delegações que lhe é lícito fazer.

Digno de nota, nesse passo, o dispositivo a seguir:

“Art. 49. São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público Federal:

...

VI - designar, **observados os critérios da lei e os estabelecidos pelo Conselho Superior, os ofícios** em que exercerão suas funções os membros do Ministério Público Federal;

...

VIII - decidir, em grau de recurso, os **conflitos de atribuições entre órgãos** do Ministério Público Federal;

...

XV - designar membro do Ministério Público Federal para:

...

c) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspensão do titular, **na inexistência ou falta do substituto designado**;

...

e) acompanhar procedimentos administrativos e inquéritos policiais instaurados em **áreas estranhas à sua competência específica**, desde que relacionados a fatos de

unidades da Procuradoria da República no respectivo Estado. Art. 82. A estrutura básica das unidades de lotação e de administração será organizada por regulamento, nos termos da lei.” A lei de ofícios é hoje uma das mais urgentes necessidades do Ministério Público. Mas enquanto ela não vem, supre-se por atos administrativos estabelecedores, objetiva e previamente, dos critérios de atribuição funcional e distribuição dos feitos. Nesse sentido, LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, *Princípio do Promotor Natural*, cit., p. 148.

⁹⁸ Salvo pelo Vice-Procurador-Geral da República, em substituição.

interesse da Instituição.

...⁹⁹

Se é possível conflito de atribuições entre órgãos (agentes) do Ministério Público, é porque há funções **naturalmente** atribuídas a cada um deles.

No art. 66, a LOMPU indica as funções atribuíveis aos Subprocuradores-Gerais da República. No 68, aquelas dos Procuradores Regionais da República¹⁰⁰. E no 70, as dos Procuradores da República¹⁰¹.

Nos arts. 72 a 80, as funções eleitorais do MPU.

A LOMPU também estabelece a carreira do Ministério Público do Trabalho (art. 86 e seu parágrafo único), as atribuições institucionais do Procurador-Geral do Trabalho (art. 90)¹⁰²; dos Subprocuradores-Gerais do Trabalho (art. 107); dos Procuradores Regionais do Trabalho (art. 110)¹⁰³; e dos Procuradores do Trabalho (art. 112)¹⁰⁴.

Da mesma forma, a carreira do Ministério Público Militar (art. 119 e seu parágrafo único) e as atribuições do Procurador-Geral

⁹⁹ Grifou-se.

¹⁰⁰ Lotados em ofícios nas Procuradorias Regionais da República (art. 69).

¹⁰¹ Lotados em ofícios nas Procuradorias da República (art. 70).

¹⁰² A propósito: “Art. 91. São atribuições do Procurador-Geral do Trabalho: (...) V - designar, **observados os critérios da lei e os estabelecidos pelo Conselho Superior, os ofícios** em que exercerão suas funções os membros do Ministério Público do Trabalho; (...) VII - decidir, em grau de recurso, os **conflitos de atribuição entre os órgãos** do Ministério Público do Trabalho; (...) XIV - designar membro do Ministério Público do Trabalho para: (...) c) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular, **na inexistência ou falta do substituto designado**;...” (grifou-se).

¹⁰³ Lotados em ofícios nas Procuradorias Regionais do Trabalho (art. 111).

¹⁰⁴ Também lotados em ofícios nas Procuradorias Regionais do Trabalho (art. 113).

da Justiça Militar (art. 123)¹⁰⁵; dos Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar (art. 140)¹⁰⁶; dos Procuradores da Justiça Militar (art. 143)¹⁰⁷; e dos Promotores da Justiça Militar (art. 145)¹⁰⁸.

Finalmente, a carreira do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 154 e seu parágrafo único) e as atribuições do respectivo Procurador-Geral de Justiça (art. 158)¹⁰⁹; dos Procuradores de Justiça do DF e Territórios (art. 175)¹¹⁰ e dos correspondentes Promotores de Justiça e Promotores de Justiça Adjuntos (arts. 178 e 179)¹¹¹

No art. 17, II, do mesmo diploma, reforçando o postulado do promotor natural, a inamovibilidade dos membros do MPU. O art. 209 repete a garantia.

¹⁰⁵ Veja-se: “Art. 124. São atribuições do Procurador-Geral da Justiça Militar: (...) V - designar, **observados os critérios da lei e os estabelecidos pelo Conselho Superior, os cargos em que exercerão suas funções os membros do Ministério Público Militar**; VI - decidir, em grau de recurso, os **conflitos de atribuições entre os órgãos** do Ministério Público Militar; XIII - designar membro do Ministério Público Militar para: (...) c) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular, **na inexistência ou falta do substituto designado**;...” (grifou-se).

¹⁰⁶ Lotados em cargos na Procuradoria-Geral da Justiça Militar (art. 142).

¹⁰⁷ Lotados em cargos nas Procuradorias da Justiça Militar (art. 144).

¹⁰⁸ Também lotados em cargos nas Procuradorias da Justiça Militar (art. 146).

¹⁰⁹ Registre-se: “Art. 159. Incumbe ao Procurador-Geral de Justiça, como Chefe do Ministério Público: (...) VI - decidir, em grau de recurso, os **conflitos de atribuições entre órgãos** do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; (...) c) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular, **na inexistência ou falta do substituto designado**; d) acompanhar procedimentos administrativos e inquéritos policiais, instaurados em **áreas estranhas à sua competência**;...” (grifou-se).

¹¹⁰ Lotados em cargos na Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios (art. 177).

¹¹¹ Lotados em cargos nas Promotorias de Justiça do Distrito Federal e Territórios (parágrafos únicos dos arts. 178 e 179, respectivamente).

Há ainda uma série de dispositivos que dizem respeito ao princípio do promotor natural, por limitarem – regulando-o – o poder dos órgãos superiores do Ministério Público da União de fazerem designações. *Verbis*:

“Art. 214. A designação é o ato que discrimina as funções que sejam compatíveis com as previstas nesta lei complementar, para cada classe das diferentes carreiras.

Parágrafo único. A designação para o exercício de funções diferentes das previstas para cada classe, nas respectivas carreiras, somente será admitida por interesse do serviço, exigidas a anuência do designado e a autorização do Conselho Superior.

Art. 215. As designações serão feitas observados os critérios da lei e os estabelecidos pelo Conselho Superior:

I - para o exercício de função definida por esta lei complementar;

II - para o exercício de função nos ofícios definidos em lei.

Art. 216. As designações, salvo quando estabelecido outro critério por esta lei complementar, serão feitas por lista, no último mês do ano, para vigorar por um biênio, facultada a renovação.

Art. 217. A alteração da lista poderá ser feita, antes do termo do prazo, por interesse do serviço, havendo:

I - provimento de cargo;

II - desprovimento de cargo;

III - criação de ofício;

IV - extinção de ofício;

V - pedido do designado;

VI - pedido de permuta.

Art. 218. A alteração parcial da lista, antes do termo do prazo, quando modifique a função do designado, sem a sua anuência, somente será admitida nas seguintes hipóteses:

I - extinção, por lei, da função ou ofício para o qual estava designado;

II - nova lotação, em decorrência de:

a) promoção; e

- b) remoção;
- III - afastamento ou disponibilidade;
- IV - aprovação pelo Conselho Superior, de proposta do Procurador-Geral, pelo voto secreto de dois terços de seus membros.

Parágrafo único. A garantia estabelecida neste artigo não impede a acumulação eventual de ofícios ou que sejam ampliadas as funções do designado.”

Várias outras disposições desse texto legal atinem, mais ou menos relevantemente, ao princípio *sub examine*.

Por tudo isso, não se afigura razoável, a nosso sentir, considerar que não há norma agasalhando o princípio do promotor natural em nosso Direito Positivo.

7. OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Antes de enfeixar o presente, necessário ainda tocar em alguns pontos sensíveis levantados no douto parecer transcrito no voto condutor do RE 387974-DF, que não foram inteiramente apanhados pelo apanhado jurisprudencial, doutrinário e mesmo normativo que se buscou fazer nos tópicos acima.

No ilustrado parecer foi dito que

“Estender a regra fixista do Juiz Natural, para criar o Promotor Natural, é dividir as funções do Ministério Público, em contraposição à indivisibilidade constitucional. É afronta ao princípio da não contradição emanado da lógica formal.”¹¹²

Com todo o respeito ao eminente parecerista, pedimos vênia para divergir. Não se pode enxergar incompatibilidade entre o promotor natural e a regra da indivisibilidade, muito menos ao ponto de entender que a convivência de ambas desatenderia ao princípio lógico da não-contradição.¹¹³

¹¹² Conferir.

¹¹³ Esse princípio, corporificado no brocardo latino *esse et non esse, non potest esse*, ou ser e não ser (ao mesmo tempo) não pode ser, é considerado por todos os manuais de lógica como um princípio axiomático, isto é, uma

Porque, em verdade, a contradição que se enxerga é entre independência funcional e indivisibilidade, e ambas foram postas expressamente pela Constituição.

De sorte que, se assim fosse, ilógica não seria a defesa do princípio do promotor natural, e sim a Constituição mesma, por estabelecer explicitamente, ao mesmo tempo, para o Ministério Público, os princípios da indivisibilidade e da independência.

Tais princípios não são necessariamente colidentes nem contraditórios; podem ser harmonizados.

Como diz CLAUDIO FONTELES,

*“unidade e indivisibilidade, em perfeita sintonia com independência funcional, não significam verticalizar estaticamente o Ministério Público, em parâmetro castrense, nem tampouco estabelecer um corte dicotômico – de um lado a unidade e a indivisibilidade; e de outro a independência funcional – não é assim.”*¹¹⁴

Conciliar, de um lado, unidade e indivisibilidade, com independência funcional, de outro, é perfeitamente possível, desde que consideradas as peculiaridades do Ministério Público brasileiro, que não são as mesmas do *Parquet* europeu, em que a força da estrutura francesa e o forte princípio hierárquico assumem primazia.

Por isso, não nos é possível dar razão ao eminente parecerista quando diz que

*“... cada membro [do Ministério Público] está investido das funções do órgão, não sendo possível seccioná-las.”*¹¹⁵

Não, não só em nosso sistema a unidade e a indivisibilidade não podem ir tão longe. Imagine-se, por exemplo, se um Promotor

verdade primeira, baseada em noção categórica derivada dos testemunhos da experiência, que nos fazem compreender a essência e a natureza das coisas.

¹¹⁴ *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., p. 88. Os destaques são do original.

¹¹⁵ Conferir.

(já que “está investido das funções do órgão”, isto é do Ministério Público inteiro, no sentido do texto) pode denunciar o Presidente da República perante o STF?

Parece não se ter observado que o agente do *Parquet* é ele mesmo órgão, como claramente o dizem as leis de regência (p. ex., LC 75: “Art. 43. São órgãos do Ministério Público Federal: I – o Procurador-Geral da República; (...) VI – os Subprocuradores-Generais da República; VII – os Procuradores Regionais da República; VIII – os Procuradores da República”, etc.).

A unidade e indivisibilidade do MP significam tão-somente que seus membros apresentam¹¹⁶ a Instituição, não que qualquer deles possa praticar qualquer ato em nome dela, pois a legalidade de seu agir tem limites na divisão de atribuições estabelecida pela lei.¹¹⁷

Por tal motivo, nada há de absurdo em “dividir as funções do Ministério Público”. É a Constituição que já começa por fazê-lo quando, *verbi gratia*, confere exclusivamente ao Procurador-Geral da República (e a mais nenhum outro membro do *Parquet*) a atribuição de argüir diretamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis ou pedir a intervenção federal. E é a lei que termina de detalhar essa divisão, quando, por exemplo, diz perante quais órgãos judiciários devem funcionar tais (e somente tais) órgãos do MP, ou quando estipula atribuições diferentes para eles, ou quando reconhece que essas atribuições podem entrar em conflito. Se a unidade e a indivisibilidade tivessem caráter absoluto, nada disso haveria.

Também não é, a nosso pensar, admissível que resulte da noção do promotor natural uma “contradição de natureza processual” consistente em “conferir direito a uma parte sobre a outra parte”.

Primeiro, que a natureza da atuação do Ministério Público como parte não é jamais a de uma parte comum, e isso o dizem pratica-

¹¹⁶ No sentido que dá a essa expressão PONTES DE MIRANDA.

¹¹⁷ Cf. FONTELES, *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, cit., p. 87.

mente todos os autores, sendo desnecessária qualquer invocação doutrinária a respeito. O Ministério Público, mesmo quando atua na condição de parte, jamais se despe de sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Por isso, ele, *e.g.*, no Processo Penal, mesmo enquanto acusador, muitas vezes pugna pela absolvição do réu, para ficar só em um exemplo paradigmático.

Depois, toda parte, num processo, de certo modo, tem direitos sobre a outra parte, e isso nada tem demais. É da natureza dialética do contraditório. O réu tem direito a que o autor que pleiteia contra ele (seja no cível, seja no criminal) tenha, por hipótese, legitimidade. Se não a ostenta, o sujeito passivo processual pode exigir que seja excluído, ou que o feito seja extinto.

De modo que o argumento não impressiona, *maxima venia*.

Diz também o conspícuo opinamento que o promotor natural conflita com o princípio da devolução do art. 28 do Código de Processo Penal.

Aí se contradiz, já que sustentava uma unidade totalitária. Independentemente disso, é obvio que não, *venia rogata*, já que, como se viu, cada agente tem sua esfera de atribuições. Especificamente, a doutrina já deu resposta bastante a tal impugnação, como se vê do escólio trasladado neste artigo, linhas atrás, referenciado na nota de rodapé 55.

Demais disso, o promotor natural não confronta a regra do art. 28 do CPP, porque esta não é construída *ex post facto*. É prévia. O princípio da devolução também é ínsito aos recursos processuais perante o Judiciário, e ninguém ousaria dizer que o postulado juiz natural está sendo violado quando um tribunal, apreciando, digamos, um agravo, decide acerca da admissibilidade de uma ação proposta em primeira instância, questão que de outro modo estaria sob a decisão do Juiz de origem.

Investe, finalmente, o ilustrado parecer contra a (suposta) ausência de lei consagradora do promotor natural, considerando que

“estabelecer (...) a prefixação do Promotor Natural (...) exclui, sem previsão normativa, os demais Membros de

suas funções constitucionais.”¹¹⁸

Conforme se demonstrou sobejamente, há previsão normativa, tanto constitucional, como legal. Por isso, não se pode, *permissa venia*, falar em violação à regra de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Há lei. E Lei Maior.

Por isso, não é o promotor natural uma mera “especulação metafísica”, como a ele se referiu o douto parecer em comento¹¹⁹. É princípio constitucional e tem base legal – como o reconhecem o STF, o STJ e a doutrina majoritária.

Não há falar, no mais, em regra “fixista”, como se o promotor natural implicasse engessar o Ministério Público. O juiz natural é admitido por todos, e não engessa o Judiciário¹²⁰. E, ainda uma vez vale insistir: o princípio do promotor natural não é exatamente igual ao do juiz natural. Trata-se de uma construção analógica mudando o que deve ser mudado, em respeito à estrutura própria, às características peculiares e às funções constitucionais do *Parquet*. O que interessa é impedir o acusador de exceção.

¹¹⁸ Conferir.

¹¹⁹ Não se pretende aqui discutir a afirmação de que o Direito é apenas a lei, nem que o positivismo jurídico haja sepultado tudo o mais, muito menos que BOBBIO tenha defendido (e em que medida) tal tese. Não fosse o ilustre autor do parecer o grande jurista e o homem culto que é, poder-se-ia imaginar que olvida tudo o que se escreveu após (mesmo não necessariamente contra) KELSEN. Aliás, até para o Mestre de Viena, maior figura do positivismo normativo, o Direito jamais se reduziu à lei. Ele apenas sustentava que a Ciência do Direito só devia estudar a norma, ficando os outros aspectos do fenômeno jurídico – portanto, implicitamente admitidos – a cargo de outras ciências, e, mesmo se preocupando primordialmente com a norma jurídica, identificava-a também nos contratos e nas decisões judiciais individuais.

¹²⁰ Nesse aspecto, sem razão, *maxima venia*, a preocupação do eminentíssimo FRANCISCO REZEK, em seu voto no HC 68.966-RJ, já comentado neste trabalho. O promotor natural jamais impedirá que o Ministério Público estabeleça grupos de trabalho, mesmo que sejam só para mutirões de “esvaziamento de estantes”. Isso também, como reconheceu o próprio Ministro, faz-se no Judiciário, sem que se possa, a sério, invocar o juiz natural para obstar essa salutar prática, assim como não calha fazê-lo para obstar convocações nos tribunais, etc.

Por fim, não é despiciendo sustentar o valor do princípio do promotor natural na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, baseado nos postulados mais caros da *res publica*. Se Nações avançadas política, social e culturalmente como a Alemanha¹²¹ e a França¹²², para ficar em apenas dois exemplos, lamentam a falta que faz um Ministério Público independente, imagine o que acontecerá no Brasil se escolhermos abrir mão de uma tal garantia.

8. CONCLUSÃO

Diante desse apanhado normativo, doutrinário e – relativamente ao Excelso Pretório, especificamente – jurisprudencial, penso que não nos equivocamos ao dizer que é inviável deduzir, do julgado no RE 387974-DF, Relatora a eminente Ministra ELLEN GRACIE, que o Supremo Tribunal haja rejeitado o princípio do promotor natural.

Antes de mais nada, há de se considerar que se trata apenas de um *decisum* de Turma, que isoladamente não pode ser tomado contra toda uma jurisprudência que vem se formando em direção contrária praticamente desde a promulgação da Constituição de 1988, como se viu, com uma única outra exceção – também decisão fracionária (2. Turma), e por maioria, o HC 68.966-RJ, em 1992.

A análise do RE 387974-DF de *per si*, entretanto, é bastante para conduzir à mesma conclusão, de que o STF continua prestigiando o princípio do promotor natural¹²³.

¹²¹ O caso KOHL, já referenciado, é um grande exemplo.

¹²² Conforme JEAN-CLAUDE NICOD, o problema das instruções oriundas do Ministério da Justiça é gravíssimo. Num determinado caso, em Marselha, um Procurador estava convencido da necessidade de perquirir aprofundadamente as finanças do conhecido clube de futebol *Olympique de Marseille*, cujo patrono era um Ministro. Solicitou, então, ao Procurador-Geral que pedisse autorização ao Guarda dos Selos para poder agir. E este... jamais as deu. *Le Ministère Public en France*, cit., p. 114.

¹²³ O fato de haver, naquela hipótese, considerado que não houve vulneração da independência pelo ato do Procurador-Geral, ali analisado, não indica, de *per si*, apreço ou despreço pelo postulado objeto deste artigo, porque em vários casos o Supremo admitiu o princípio, mas entendeu que ele, concretamente, não tinha sido afrontado.

A uma, porque o voto condutor daquele caso começou por dizer que se acostava ao multicitado precedente do HC 67.759-2-RJ, que teria rejeitado o princípio do promotor natural, quando, em verdade, ali, como foi explicitado nos EDHC de mesma numeração, e como considera toda a doutrina, o Pretório Excelso acatou, e não rechaçou o postulado, ainda que o tenha condicionado à legislação.

A duas, porque a legislação em foco – em especial a Lei 8.625 e a LC 75, ambas de 1993, para não falar nas LCs estaduais – foi editada, consoante reconheceu o Supremo em inúmeros outros casos.

A três, porque a manifestação do ilustre Subprocurador-Geral, trasladada no voto em pauta, baseia-se fundamentalmente nos **princípios da unidade e indivisibilidade** do Ministério Público, aplicando, porém, tais postulados de modo integral, à moda do Parquet da França ou de outros países europeus que lhe copiam o modelo – tanto que a maior parte dos autores estrangeiros em que se baseia enxergam o problema sob o prisma da estrita hierarquia ali vigente –, o que não é válido para o caso brasileiro, dado que aqui, conforme se viu, vigora, ao lado daquelas duas diretrizes principiológicas, uma terceira, a da **independência funcional**, que precisa ser considerada, além da garantia da inamovibilidade de que são detentores os membros do MP no Brasil, da qual não costumam gozar os agentes das instituições homólogas do Velho Mundo.

Dessarte, persistimos em crer que o Supremo, em outros julgados, principalmente aqueles exarados por seu Colendo Plenário, continuará a consagrar o princípio do promotor natural, como vem fazendo – abstraídas algumas poucas vacilações – desde a promulgação da vigente Constituição, a bem da integral e eficaz aplicação dos dispositivos desta, tocantes ao Ministério Público e a sua atuação institucional e processual.

9. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, JOÃO MARCELO BRASILEIRO DE, *O Princípio do Promotor Natural no Direito Brasileiro*, internet, no site <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1056>>.

ARRUDA ALVIM, EDUARDO, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo, RT, 1998.

BURDEAU, GEORGES, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 15.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972.

CAMINHA, MARCO AURÉLIO LUSTOSA, *O Ministério Público no Brasil e na Argentina*, internet, <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4800>>.

CARNEIRO, PAULO CEZAR PINHEIRO, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural: Atribuição e Conflito*, 5.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.

CATENA, VÍCTOR MORENO; DOMINGUEZ, VALENTÍN CORTÉS et SENDRA, VICENTE GIMENO, *Introducción al Derecho Procesal*, 2.^a ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1995.

FONTELES, CLAUDIO LEMOS, *Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural*, em *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, RT, n.º 6, pp. 84/91.

FRISCHEISEN, LUIZA CRISTINA FONSECA, *Princípio do Promotor Natural*, em *Ministério Público II – Democracia*, São Paulo, Atlas, 1999 (JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR e RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, orgs.), pp. 139/149.

GARCÍA, CARLOS ARELLANO, *Teoría General del Proceso*, 5.^a ed., Cidade do México, Editorial Porrúa, 1995.

GISBERT, ANTONIO, *La Elección del Fiscal General del Estado: Hacia una Intervención Parlamentaria*, *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 63/65.

GONÇALVES, EDILSON SANTANA, *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*, Curitiba, Juruá, 2000.

HAMILTON, SÉRGIO DEMORO, *Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal*, em *Revista Forense* 269/157-161, de 1980.

HOMMERDING, ADALBERTO NARCISO, *Vinte e uma Lições de Teoria Geral do Processo Civil*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003.

KOERNER JÚNIOR, ROLF, *Promotor Natural: Dupla Garantia no Processo Penal*, internet, <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal9.htm>>.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LINHARES NETO, BENON, *Algumas Considerações sobre o Princípio Constitucional do Promotor Natural*, internet, <<http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigo05.htm>>.

LÚCIO, ÁLVARO LABORINHO, *Discurso do Ministro da Justiça*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 27/32.

LYON-CAEN, PIERRE, *Le Ministère Public Français entre l'Exécutif et le Judiciaire*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 57/62.

MANDRIOLI, CRISANTO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. 1, Turim, G. Giappichelli, 1995.

MARQUARDT, EDUARDO H., *La Posición Institucional del Ministerio Público y su Organización en los Estados Americanos*, em *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 123, set/1972, pp. 19/36.

MAZZILLI, HUGO NIGRO, *Introdução ao Ministério Público*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

——— *O Ministério Público no Processo Penal*, em *Justitia* 95/175-179, de 1976.

MUHM, RAOUL, *O Caso Kohl e o Papel do Ministério Público na Alemanha*, internet, <<http://members.xoom.virgilio.it/larchivio/raulporto.htm>>.

NERY JÚNIOR, NELSON, *O Juiz Natural no Direito Processual Civil Comunitário Europeu*, em *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jan/mar 2001.

PENTEADO, JAQUES DE CAMARGO, *O Princípio do Promotor Natural*, em *Justitia* 129/114-124, de 1985.

PEREIRA, RUI, *Ministério Público: Hierarquia e Autonomia*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 73/77.

PORTANOVA, RUY, *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

RODRIGUES, JOSÉ NARCISO DA CUNHA, *Discurso do Procurador-Geral da República em Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d, pp. 19/26.

ROSENBERG, LEO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. 1, Buenos Aires, EJEA, 1955.

SATTA, SALVATORE, *Direito Processual Civil*, v. 1, 7.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.

SAUWEN FILHO, JOÃO FRANCISCO, *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

SNOW, THOMAS, *Justice in the United States*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 135/145.

SOUZA, VICTOR ROBERTO CORRÊA DE, *Ministério Público: Aspectos Históricos*, internet, <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4867>>.

STOLOWY, NICOLE, *Organisation Judiciaire*, 2.ª ed., Paris, Vuibert, 2002.

STÖTZEL, HEINZ, *Discurso do Presidente de MEDEL*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 15/17.

VÉSCOVI, ENRIQUE, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984.

VOLFF, JEAN, *Le Ministère Public*, Paris, PUF, 1998.

WALTER-FREISE, HELGARD, *Le Ministère Public en Allemagne*, em *Revista do Ministério Público – Cadernos*, n.º 6, Lisboa, Minigráfica, s/d (1994?), pp. 99/105.

HERMENÊUTICA E TEORIA DO CONHECIMENTO EM PONTES DE MIRANDA: RELEVÂNCIA, OU ESTÁTICA E DINÂMICA, DO “JETO” NA RELAÇÃO JURÍDICA

Alexandre Costa de Luna Freire¹

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais 2. A obra de Pontes de Miranda 2.1. A produção jurídica 2.2. A produção filosófica e sociológica 2.3. A produção literária 3. O problema fundamental do conhecimento: justificação da perspectiva 4. A relação jurídica como problema: a construção do canteiro de obras 5. A visão dos jetos. Sujeito. Objeto. A Argamassa 6. Hermenêutica e Teoria do Conhecimento: ferramentas relacionais entre o “ser-espírito” e o “ser-mundo” 7. A investigação.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Há algum tempo, desenvolvemos um Projeto com finalidade acadêmica tentando investigar aspectos basilares do pensamento de Pontes de Miranda e, com isto, a partir de sua vasta obra, delimitar algumas de suas análises mais significativas. Em outras palavras, elegendo dentre as vastas incursões filosóficas e científicas na área jurídica, a sua obra é grandiosa em publicações e monumental na amplidão de conhecimentos. Na Hermenêutica e Teoria do Conhecimento, deparamo-nos com o problema do aporte da “Teoria dos Jetos” que, por si só, demonstra a imensidão do esforço. Exaurida a tarefa do Projeto, revi o texto e refiz as idéias, num esforço de síntese, o que já demonstra a produção do Mestre brasileiro, apenas enfocando conceitos atrelados à compreensão hermenêutica.

¹ Juiz Federal. Mestre em Direito. Professor do IESP.

Pretendemos sinalizar a perspectiva do pensamento de Pontes de Miranda em variantes filosóficas e científicas. Produzindo magistral obra qualitativa e quantitativa, tanto no Direito Público como no Direito Privado, onde se notabilizou, em perspectiva de penetração, nos domínios da Filosofia e da Ciência, é, principalmente, neste campo, considerado enigmático, uma vez que, ao produzir em repercussão no campo jurídico, dele não se extraíram, ao longo do século findo, aprofundamentos maiores, seja na Sociologia², Direito Constitucional³, Psicologia⁴, Filosofia Política, Ciência e Lógica⁵, até porque, embora com várias obras publicadas em alemão, onde obteve sólida formação, durante várias décadas, com obras reeditadas em notável espaçamento, algumas esgotadas e que não foram reeditadas. Por outro lado, a dificuldade em localizar grande parte das fontes bibliográficas revela o esforço da tarefa a ser empreendida.

A matriz de seu pensamento científico e filosófico, com reflexo no Direito, importa emoldurar a visão singular dos “Jetos” como problema do conhecimento e do conhecimento jurídico.

Com efeito, o enfoque no “objeto pensado” resvala “em relação” a “ser” – “experiência” (objeto) – e sujeito. O destaque que é feito em seu pensamento realça a vertente da abstração – conceito que se extrai do real “jeto visto depois” e a definição. Também pode se pensar relação entre Espírito e Mundo. Ou “ser” – espírito e “ser” – mundo.

² MIRANDA, Pontes de. **Introdução à Sociologia Geral**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomos I e II. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁴ MIRANDA, Pontes de. **À Margem do Direito (Ensaio de Psychologia Jurídica)**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912.

⁵ MIRANDA, Pontes de. **Introdução à Política Científica ou 28 Fundamentos da Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924. **Introdução à Política Científica**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomos I, II, III e IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

A tarefa atinente à perspectiva da relevância ou estática, e dinâmica do “jeto” na relação jurídica ou mesmo da relação como “jeto”, tem sido “objeto” da Hermenêutica e da Teoria do Conhecimento, notadamente jurídica. E, a partir dos “jetos” relacionados, pode-se laborar “Sistemas Jurídicos”.

2. A OBRA DE PONTES DE MIRANDA⁶

2.1. A PRODUÇÃO JURÍDICA

Apenas exemplificando, é nos países de língua portuguesa

⁶ Apenas para citar algumas: **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1979; **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Campinas: Editora Bookseller, 1999; **Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas**. Tomo I. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977; **Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos**. Tomo II. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977; **Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova**. Tomo III. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983; **Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade**. Tomo IV. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983; **Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações**. Tomo V. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970; **Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Exceções. Direitos Mutilados. Exercício dos Direitos, Pretensões, Ações e Exceções. Prescrição**. Tomo VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983; **Introdução à Política Científica**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983; **Introdução à Política Científica ou 28 Fundamentos da Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924; **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo I (arts. 1º-7º). Rio de Janeiro: Forense, 1987; **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo II (arts. 8º-31). Rio de Janeiro: Forense, 1987; **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo III (arts. 32-117). Rio de Janeiro: Forense, 1987; **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo IV (arts. 118-153, § 1º). Rio de Janeiro: Forense, 1987; **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo V (arts. 153, § 2º – 159). Rio de Janeiro: Forense, 1987; **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo VI (arts. 160 – 200). Rio de Janeiro: Forense, 1987; **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 302-370)**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959; **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º- 45)**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974; **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º - 79)**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958; **Dez Anos de Pareceres**. Volumes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974,

1975, 1976 e 1977; **A Sabedoria dos Instintos: Idéias e Antecipações**. Rio de Janeiro: Editor J. Ribeiro, 2º milheiro, s/d; **Anarchismo, Communismo, Socialismo**. Rio de Janeiro, Andersen Editores, s/d; **Introdução à Sociologia Geral**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1980; **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1981; **Tratado de Direito Predial. I. Domínio. II. Condomínio. III. Tapumes**. Volume I. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1947; **Tratado de Direito Predial. I. Comunhão “pro diviso”. II. Incorporação. III. Apartamentos e andares**. Volume II. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1947; **Tratado de Direito Predial. I. Loteamento. II. Promessas de compra-e-venda. III. Compra-e-venda a prazo**. Volume III. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1948; **Tratado de Direito Predial. I. Locação. II. Prorrogação**. Volume IV. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1952; **Locação de imóveis e prorrogação**. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1952; **Questões Forenses. (Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual e Privado). (Pareceres n. 1 a 55)**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957; **Questões Forenses. (Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual e Privado). (Pareceres n. 56 a 104)**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957; **Direitos minerais sobre minas conhecidas antes de 1934. Pareceres dos Drs. Pontes de Miranda e Francisco Campos**. Volume 343. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964; **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932; **À margem do Direito (Ensaio de Psychologia Juridica)**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1912; **História e prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual comparado)**. Tomo I. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979; **História e prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual comparado)**. Tomo II. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979; **História e prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual comparado)**. 3ª edição, Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1975; **Comentários à Constituição de 1946. (arts. 1º-5º)**. Tomo I. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960; **Comentários à Constituição de 1946. (arts. 6º-72)**. Tomo II. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960; **Tratado da Ação Rescisória. Das sentenças e de outras decisões**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1976; **Tratado das Ações. Ação, Classificação e Eficácia**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970; **Tratado das Ações. Ações Declarativas**. Tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971; **Tratado das Ações. Ações Constitutivas**. Tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972; **Tratado das Ações. Ações Constitutivas**. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973; **Tratado das Ações. Ações Condenatórias**. Tomo V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974; **Tratado das Ações. Ações Mandamentais**. Tomo VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976; **Tratado das Ações. Ações Executivas**. Tomo VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978; **História e Prática do Arresto ou Embargo. Direito positivo comparado: Processual, Commercial e Internacional**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1929; **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Introdução à Ciência do Direito**. Tomo I. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972; **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Introdução à Ciência do Direito**. Tomo II. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972; **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação científica e política jurí-**

notoriamente conhecido pelo seu Tratado de Direito Privado⁷, em sessenta volumes, considerado obra inigualável quanto ao método e profundidade, o que apenas pode sugerir outra obra clássica do Direito Privado como o Tratado de Direito Civil, escrito por Luiz da Cunha Gonçalves⁸. Porém, a produção científica vai bem mais longe. Ofereceu ao público os Comentários aos Códigos de Processo Civil Brasileiro de 1939 e de 1973⁹, em vários volumes; Comentários às Constituições Brasileiras de 1946 e de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, ainda acessíveis, além das de 1934 e 1937, cuja localização é de árdua tarefa. No campo do Direito Positivo, além de obras práticas, com pareceres¹⁰ especializados em campos do Direito aplicado, a bibliografia é extensa: Direito Predial, Locação, Família, Direito Público, Tratado das Ações (suas diversas modalidades)¹¹.

dica. Tomo III. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972; **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação científica e intervenção na matéria social.** Tomo IV. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972; **Comentários à Constituição de 1946. (arts. 1º-5º).** Tomo I. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960; **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Resenha Tributária, s/s.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Tomos I, II, III, IV, V e VI. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, 1977, 1983.

⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil. Em comentários ao Código Civil Português.** 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1955.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º-45).** Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º-79).** Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 302-370).** 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Dez Anos de Pareceres.** Volumes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974, 1975, 1976 e 1977.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Predial.** Tomos I, II, III e IV. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, 1948 e 1952. **Locação de imóveis e prorrogação.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1952. **Tratado das Ações.** Tomos I, II, III, IV, V, VI e VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1976 e 1978. **Tratado da Ação Rescisória.** 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

Transitando na produção intelectual desde o início do Século XX, publicou em 1922 o Sistema de Ciência Positiva do Direito, a História e Prática do *Habeas Corpus*¹², nos anos 20, e cinquenta anos depois, era ainda único e original no mundo ocidental.

Enigmático, até para os iniciados na área jurídica, revela-se o “Sistema de Ciência Positiva do Direito” com o sub-título “reductor”: “Introdução à Ciência do Direito”, lançado em 1922, esgotado em 1923 e reeditado em 1972, ou seja, cinquenta anos mais tarde em que lhe moveu o intuito de “concorrer para que se lhe guiem os destinos das leis sociais e das verdades científicas.” À edição terceram comentários, pelo método científico com aproximações matemáticas e lógicas, entre outros: Zitelmann, na Alemanha; Roscoe Pound, de Harvard; o matemático e físico precursor de Einstein, Prof. Joseph Petzoldt; Del Vecchio. No Brasil, outros autores¹³ desenvolveram aprofundamentos em Hermenêutica e Teoria

¹² MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 8ª edição, Tomos I e II. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹³ Livros:

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. (Através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Elementos de Lógica e de Psicologia. E “Uma Sinopse da História da Filosofia”**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1963; ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5ª edição, São Paulo: Ícone Editora, 1989; ANTUNES, Paulo Bessa. **Uma nova Introdução ao Direito**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda, 1986; ARAÚJO, Vandick Nóbrega de. **Idéia de sistema e de ordenamento no Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986; ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978; BAPTISTA, Paula. **Compêndio de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984; BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris, 1992; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Estudo do Direito (Os fundamentos e a visão histórica)**. Rio de Janeiro: Forense, 1981; BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946; BEZERRA, Alcides. **A revelação científica do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Biblos, 1933; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949; BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1978; BORGES, José Souto Maior. **Ciência Feliz (Sobre o mundo jurídico e outros mundos)**. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994; BUZAID, Alfredo.

A renovação da ordem jurídica positiva. Brasília: Ministério da Justiça, 1971; CABRAL, Narcélio L. **Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: s/e, 1975; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Editora Saraiva, 13ª edição, 2000; CASTRO, Torquato de. **Causalidade jurídica no direito romano.** Recife: OAB-PE, Série Monografias, 1983; CAVALCANTI, Theófilos Brandão. **Do controle da constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1966; CERNICHIARO, Luiz Vicente, COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990; COELHO, Luís Fernando. **Introdução histórica à Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1977; COSTA, Elcias Ferreida da. **O conceito objetivo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1983; DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Renascer do Direito. Direito e Vida Social. Aplicação do Direito. Direito e Política.** 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996; DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945).** 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979; DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1988; ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a Hermenêutica.** Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997; ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **O método positivo na interpretação e na integração das normas jurídicas.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940; FARIA, José Eduardo (org.) **A crise do Direito numa sociedade em mudança.** Brasília: Universidade de Brasília, 1988; FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática. A legitimação do discurso jurídico liberal.** São Paulo: Graal, 1983; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação.** 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 1994; FRANÇA, R. Limongi. **Formas e aplicação do Direito Positivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969; FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998; FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** Forense: Rio de Janeiro, 1997; GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1977; GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho.** Volume I. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978; GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil. Em comentário ao Código Civil Português.** Volume I. Tomo I. 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1955; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990; GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito.** São Paulo: Dialética, 2000; HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito.** 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1986; JACQUES, Paulino. **Curso de Introdução à Ciência do Direito.** 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1971; JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional.** São Paulo: Editora LTr, 2000; LAMOUNIER, Bolívar, WEFORT, Francisco, BENEVIDES, Maria Victoria (Org.). **Direito, Cidadania e Participação.** São Paulo: T. A. Queiroz, Editor, 1981; LANA, João Bosco Cavalcanti. **Elementos de Teoria Geral do Direito. Introdução ao Estudo do Direito.** 3ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980; LAZZARINI, Álvaro *et alli.* **Direito Administrativo da Ordem Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 1986;

LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder – uma visão cibernética do Direito**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001; LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller Editora, 2000; LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1961; LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977; LIMA, Mário Franzen de. **Da interpretação jurídica**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955; LIMONGI, Dante Braz. **O Projeto Político de Pontes de Miranda. Estado e Democracia na Obra de Pontes de Miranda**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; LITRENTO, Oliveiros. **Lições de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976; LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993; LUNA, Everaldo da Cunha. **Abuso de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959; MACEDO, Maury R. de. **A Lei e o Arbítrio à luz da Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 1981; MACEDO, Sílvio de. **Introdução à Filosofia do Direito (uma nova metodologia)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1978; MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 18ª edição, 2000; MACHADO NETO, A. L. **História das idéias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Editorial Grijalbo Ltda e Editora da Universidade de São Paulo, 1969; MACHADO NETO, A. L., MACHADO NETO, Zahidé. **O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica – Para o Curso de Direito**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2000; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método**. Rio de Janeiro: Forense, 1982; MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993; MENEZES, Djacir. **Tratado de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999; MILHOMENS, Jonatas. **Hermenêutica do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, s.d.; MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado. Parte Histórica**. Volume I. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1950; MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito. Justiça, Lei, Faculdade, Fato Social, Ciência**. Volume I. 12ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987; MOTTA, Benedito. **Filosofia e História do Direito**. São Paulo: Livraria e Editora Jurídica José Bushatsky, 1975; NAVES, Márcio B. (Org.) **Crítica do Direito**. São Paulo: Lech – Livraria Editora Ciências Humanas, 1980; NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. 6ª edição, São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1981; NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959; NOGUEIRA, Rubem. **Curso de Introdução ao Direito**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996; NORONHA, Fernando. **Direito e Sistemas Sociais. A jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. **Introdução à Ciência do Direito**. 5ª edição, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1973; PACINI, Dante. **Filosofia da Ciência Criminial**. Rio de Janeiro: J. Di Giorgio & Cia, 1983;

PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1969; PAZ, Firmino Ferreira. **Incidência de regra jurídica**. s/l: Lex Editora, s/d; PINTO, Fernando. **Jurisprudência, Fonte Formal do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1977; PINTO, José Maria Frederico de Souza. **Primeiras linhas sobre Processo Civil brasileiro**. Tomo Quinto. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856; PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). **Crítica do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1984; POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991; PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen & outros ensaios**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1997; RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001; RAMALHO, Barão de. **Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984; RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Praxe Brasileira**. São Paulo: Typografia do Ypiranga, 1869; RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. Volume I. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991; REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1º Volume. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972; **Filosofia do Direito**. 2º Volume. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972; **Filosofia do Direito**. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1982; **Horizontes do Direito e da História**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1977; **O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)**. São Paulo: Saraiva, 1968; **Teoria Tridimensional do Direito. Preliminares históricas e sistemáticas**. São Paulo: Saraiva, 1968; RIBAS, Antônio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier-Livreiro Editor, Tomo II, 1880; ROSA, F. A. de Miranda (Org.). **Direito e Conflito Social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981; SALDANHA, Nelson Nogueira. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970; SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002; SIDOU, J. M. Othon. **O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985; SILVA, A. B. Alves da. **Introdução à Ciência do Direito**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956; SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Lições de Introdução ao Direito**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Para uma crítica da eficácia do Direito. Anomia e outros aspectos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984; SOUTO, Cláudio. **Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1978; SOUTO, Cláudio, FALCÃO, Joaquim (Orgs.). **Sociologia e Direito. Leituras Básicas de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980; SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução à Ciência do Direito**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1980; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993; TELLES, José Homem Corrêa. **Doutrina das Acções**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier – Livreiro-Editor, 1880; TELLES JUNIOR, Goffredo. **Tratado da Conseqüência. Curso de Lógica Formal**. 4ª edição, São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1977; TRINDADE, Washington Luiz da. **O Superdireito nas Relações de Trabalho**. Salvador: Editora e Distribuidora de

do Conhecimento, no universo das estruturas lógicas, da eficácia, validade e existência da “regra” jurídica sob o prisma científico.

2.2. A PRODUÇÃO FILOSÓFICA E SOCIOLÓGICA

Na área de Filosofia Científica, o ponto saliente apresentou-se com “O Problema Fundamental do Conhecimento”, somente agora reeditada¹⁴. Produziu, ainda: “*Vorstellung vom Raume*”, *Atti dele Congresso Internazionale di Filosofia* (1924), Napoli, 1925.

Sintética e estritamente filosófica é a proposta que apresentou em “O Problema Fundamental do Conhecimento”, que, ao nosso ver, constituiu a base de sua formação e pensamento filosófico ajustável não só ao estudo do Direito, mas, essencialmente, nítida e aplicável ao conhecimento das Ciências.

Em Sociologia: “Introdução à Sociologia Geral”, 1º Prêmio da Academia Brasileira de Letras, apresentando uma reedição em 1980; “Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)”¹⁵,

Livros Salvador Ltda, 1982; UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna. Contribuição à Crítica da Teoria Social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979; VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978; VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras. Fundamentos Sociais do Estado (Direito Público e Cultura)**. Primeiro Volume. 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1955; VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001; VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977; VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito Público e Direito Privado – Sob o prisma das Relações Jurídicas**. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996; WARAT, Luís Alberto. **A definição jurídica. Suas técnicas. Texto programado**. Porto Alegre: Editora Atrium, 1977.

Artigos/Ensaios:

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Revista CEJ, nº 7, jan/abr, 1999, pp. 143/150; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Interpretação**. Porto Alegre: AJURIS, nº 45, ano XVI, março, 1989.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979.

em 1979, que já é reedição de décadas anteriores aos anos 50, mais precisamente entre os anos 20 e 30, como a “Introdução à Política Científica”; “Método de Análise Sociopsicologia”; “Anarchismo, Communismo, Socialismo”¹⁶ e “ Os Novos Direitos do Homem”, esgotadas.

2.3. A PRODUÇÃO LITERÁRIA

Classificadas pelo autor, em princípio, como literárias, aprofundam-se em Psicologia Clássica com incursões nas observações de Wundt e de outros da época, nos progressos na área em: “A sabedoria dos instintos”¹⁷ – 1º Prêmio da Academia Brasileira de Letras, e “Sabedoria da Inteligência”, ao tempo em que no âmbito da Sociologia Política antecipava doutrinas de Direitos Fundamentais, quando detalhava em “Os Novos Direitos do Homem”; “Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho”; “Direito à Educação”, e “Os Fundamentos Actuaes de Direito Constitucional”¹⁸; ou “A Moral do Futuro”¹⁹, entre outras.

Sobre toda a obra de Pontes de Miranda nos planos que não se atêm ao meramente jurídico, já se poderia considerar bibliograficamente vasta e não enquadrável nesta apresentação.

3. O PROBLEMA FUNDAMENTAL DO CONHECIMENTO: A JUSTIFICAÇÃO DA PERSPECTIVA

As abordagens mais generalizadas do estudo do Direito não se afastam, de regra, de uma visão prática dos diversos ramos e institutos jurídicos. Não há uma tradição consolidada da necessária reflexão sobre o Direito como objeto do Conhecimento e, com maior relevo, na esteira atual da Sociedade do Conhecimento ou

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Anarchismo, Communismo, Socialismo**. Rio de Janeiro: Andersen Editores, s/d.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **A sabedoria dos instintos. Idéias e antecipações**. Rio de Janeiro: Editor J. Ribeiro, s/d.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **A Moral do Futuro**. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia, Editores, 1913.

Sociedade de Informação. Mesmo nos cursos jurídicos, a Filosofia do Direito tem partido e oscilado de pontos de interseção diversos como ocorre nas disciplinas de Lógica Jurídica, Semiótica Jurídica, ou visões sobre diversas escolas filosóficas e incursões limitadas sobre história de idéias filosóficas.

No “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, Pontes de Miranda assinala a divisão dos quatro Tomos que “poderia dar o subtítulo de “filosofia científica”, porque, como se verá, é neles evidente o duplo caráter: teórico e crítico, mais teórico (científico) do que crítico (filosófico); porém seria injusto comigo mesmo.”²⁰ Daí a desenvolver “categorias” e ciência, aprofunda-se em idéias que povoam o pensar filosófico e científico, destacando “quantitatividade e ciência”; “relações e ciência”; “qualidade e quantidade”; “método”; “teorias filosóficas” e “ciência e filosofia.”

Percorrendo a “matéria social” de Newton a Einstein, noções de tempo e outras vertentes, avança em considerações sobre “relatividade” – “além de Einstein”, propõe conciliação de “métodos”, após análises sobre lógica e escolástica até proporções sobre “ontologismo”.

Traça como problemas fundamentais: a) Causalidade e Liberdade; b) Espaço, Tempo²¹ e outras variáveis; c) Conceito de Valor e Adaptação Social; d) Morfologia Social; e) Matéria Social e Elemento Jurídico. No Tomo II propende à explicação e elaboração do Direito, por uma visão crítica em que destaca a continuidade do saber e conhecimento, destacando o pensamento de Hegel²² e Auguste Comte, abrangendo teorias político-sociais até o “Novi-hegelianismo” de Josef Kohler, para a análise dos elementos lógi-

²⁰ Prefácio, p. XXV: “Conquanto se estendam à metodologia e à técnica, têm por objeto os Tomos I e II a Gnosiologia ou Epistemologia jurídica; e as demais questões só aparecem para serem aferidas segundo o interesse e a importância delas em relação à Teoria do Conhecimento.”

²¹ Ver: LACEY, Hugh M. **A Linguagem do Espaço e do Tempo**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

²² HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito. Partes I e II**. 2ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1992. **Principes de la Philosophie du Droit**. Paris: Gallimard, 1973.

cos. Daí em diante, nos Tomos III e IV considera “equivalências e aspectos fundamentais do fenômeno jurídico” nos aspectos diversos do fato social direito: mecânico; biológico; sociológico; técnico; e o empirismo e racionalismo na investigação jurídica.

A conclusão da obra ressalta o núcleo de suas propostas com vistas a fundamentos metodológicos do critério da investigação científica, com a utilização dos recursos lógicos, da Matemática, em considerações sobre a indução científica no Direito, a par dos métodos de pesquisa dos fatos pelo “conhecimento das relações”. O finalizar é a análise do ordenamento e intervenção científica na matéria social.

Em cada Tomo não acrescentou modificações na reedição de 1972. Apenas introduziu o que considerou Capítulo Final: de 1922 a 1972. Trouxe à consideração as críticas às idéias consideradas às suas teses; os avanços que transitaram nesse período, identificando-as e os respectivos autores e correntes.

4. A RELAÇÃO JURÍDICA COMO PROBLEMA: A CONSTRUÇÃO DO CANTEIRO DE OBRAS

O estudo da Relação Jurídica tem obtido tratamento doutrinário tópico em diferentes áreas do conhecimento jurídico, a partir de sua evolução em distintos territórios, e conforme influências temporais específicas decorrentes de distintos ramos do Direito. A proeminência que a Filosofia e a Filosofia do Direito ocupam no espaço da investigação jurídica tem sido constatada com elevado matiz na atualidade, sem que isto signifique uma novidade ou inovação de métodos ou técnicas empregadas na clarificação das relações sociais, que se revelam jurídicas, jurígenas ou jurisdicizantes. A evolução do conhecimento notadamente que se não realiza linearmente converge, de igual forma, para a constatação de que idêntico modo ocorre com o conhecimento jurídico e com os elementos, dados ou categorias que se compreendem na órbita das relações jurídicas.

Desnecessário aqui demonstrar, à exaustão, a relação jurídica como dado essencial e crucial da crítica jurídica em toda a sua amplitude. Seja considerada a relação como “dado” a ser apreendido para identificá-la, compreendê-la, percebê-la nos diversos

modos da investigação, nas diferentes conceituações, ou segundo perspectivas várias em que se compreendem as teorias ou “filosofias” gerais que desaguam nas concepções do Direito, seja considerada a relação – ainda jurídica – como “processo de adaptação social”. Em outras palavras, enquanto objeto estrito do conhecimento jurídico ou como a própria adaptação social.

As abordagens doutrinárias em diferentes segmentos da atividade jurídica ou da ação do Direito no contexto social são abundantes no tratamento temático, do qual não se pode desfaltar categorias ou dados relativamente à matéria. A dissecação de termos, expressões e institutos de qualquer ramo do Direito não pode prescindir da caracterização de temas relativos a sujeitos, objeto e vínculos inerentes às relações postas em apreciação crítica. Entretanto, agregam-se em variadas perspectivas outros dados, sejam conceituais, sejam reais, necessários acoplamentos a sistemas, valores e perspectivas teleológicas que se compreendem no método ou prisma científico do processo de interpretação ou de formação da regra jurídica ou da relação emergente.

A evolução do Direito aspira em grau qualitativo maior contigüidade entre a “matéria social” e a matéria jurídica em apreço, sem que signifique que isso venha a acontecer como regra. Na verdade – apenas, no plano ideal –, embora seja finalístico das relações sociais que isso ocorra, porém, é elemento essencial da ação jurídica que isso possa realmente acontecer.

A perspectiva hermenêutica que se instala no âmbito – geral ou especial – da Teoria Geral do Direito desenrola e demonstra as dificuldades de apreensões dos dados jurídicos que se quer tratar. Isso revela a convergência das dificuldades com que a própria Interpretação tem lidado ao longo dos séculos. Na verdade, os fins que busca são referidos, com grau de dificuldade acentuado, em outras diferentes áreas do conhecimento, em que construções e desconstruções são notadas sem grandes dificuldades. Com efeito, na Teologia²³, na Literatura, na História são obtidas inúmeras contribuições, às quais, pouco a pouco, são acrescentadas e tra-

²³ ALVES, Rubem. **O enigma da religião**. Campinas: Papyrus Editora, 1984.

balhadas no processo da Hermenêutica Jurídica²⁴.

Do que trata a hermenêutica²⁵ e a hermenêutica jurídica tem sido o objeto da investigação em situações diferentes aflorando as contribuições da Filosofia, da Ciência e da Teoria do Conhecimento. Transita nessas perspectivas e prospectivas uma torrente de idéias e contribuições relativamente à Justiça²⁶, à Moral²⁷, à Religião, à Ética²⁸, ao Direito e subjacente: a Natureza e a Sociedade. Situa-se aí, grosso modo, o panorama das Idéias. E, entre idéias, as relações são e podem ser consideradas e estudadas.

Todos nós já empregamos o termo “relação” inúmeras vezes. Das relações de trabalho, familiares, administrativas, pessoais, advém a lembrança de inúmeras “situações” que vivemos, presenciemos, analisamos, interpretamos, enfim, podemos “relacioná-las” com um dos aspectos das inúmeras relações “sociais”. De etiqueta a moda. Entre Nações e Países. Entre relações diplomáticas e guerras. Este é o espectro parcial da vida social que é a substância de inúmeros “relacionamentos”.²⁹

²⁴ DAVI, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Direito Comparado**. 2ª edição, Lisboa: Editora Meridiano, 1978. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979. SALDANHA, Nelson Nogueira. **Ordem e Hermenêutica. Sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

²⁵ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a Hermenêutica**. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997. PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, LDA, 1989.

²⁶ HESPANHA, António M. **Justiça e litigiosidade, história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. OSSORIO, Angel. **La Justicia. Poder**. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

²⁷ WALKER, Ralph. **Kant – Kant e a Lei Moral**. São Paulo: Editora UNESP, 1999. BERGSON, Henri. **As Duas Fontes da Moral e da Religião**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

²⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3ª edição: Brasília: Editora UnB, 1999.

²⁹ NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. 6ª edição, São Paulo: Sugestões literárias, 1981. NORONHA, Fernando. **Direito e Sistemas Sociais. A jurisprudência e a criação do Direito para além da lei**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.

Na introdução ao estudo do Direito divagamos bastante com as idéias e com as palavras. O vocabulário, a terminologia a revelar inúmeros significados (substância, matéria) nos inibe com frequência, muitas vezes de forma assustadora. No entanto, se a cada nova palavra, idéia, conceito ou definição desviarmos o olhar para o significado, para o conteúdo, ainda que encontremos para uma palavra, um conceito, diversos significados, é mais prodcente nos concentrarmos na “substância”, nas diversas “significações”. As palavras, em si, já têm “substância” própria, nos limites do “discurso”, da gramática, da semântica³⁰, e isso dificulta a compreensão.

Desse modo, tentemos a “concentração”: ou seja, a descrição de conteúdos facilitará a separação das coisas, ou melhor, a separação “das coisas” (categorias, objetos). Os diversos automóveis, os variados contratos, os diferentes “direitos” e, principalmente (e mais importante e complexo) as “relações”. Se temos um texto constitucional (a própria Constituição) miremos o foco na substância da Constituição. Quais as matérias a serem consideradas como um todo? Como estão dispostas no sistema indexado? Quais as interligações (relações internas) e ramificações (externas)?

Quem são os figurantes (sujeitos) possivelmente envolvidos? Quais os objetos e os fins?

A extração das “relações” permitirá a revelação dos vínculos jurídicos a serem dissecados e interpretados. Sejam com sujeitos considerados, sejam com os fins, sejam com a sistematização (aspecto da interpretação), sejam com estrutura lógico-jurídica do “feixe” de normas. É essa a tarefa do intérprete.

Desse modo, a identificação das relações permitirá situar os sujeitos e os vínculos. Na concepção de Pontes: Os (sub)jetos e os (ob)jetos. A categorização jurídica dos sujeitos e dos objetos revelam a matéria (a substância) constitucional a ser interpretada.

³⁰ CÂMARA JÚNIOR, J. Mattoso. **Princípios de lingüística geral. Como introdução aos estudos superiores da Língua Portuguesa.** 6ª edição, Rio de Janeiro: Padrão-Livraria Editora, 1980.

Respeitadas as características dos sujeitos e dos objetos, conferindo “conceitos” e “definições” tanto sobre sujeitos de “relações constitucionais” (e aí como objeto de análise e interpretação) como sobre objetos (e aí os próprios vínculos a criar direitos, deveres ou potestade) poderíamos obter a “substância” das relações jurídico-constitucionais.

À construção de uma teoria da relação jurídica precede o exame e estudo da teoria da relação em sua abordagem como problema do conhecimento³¹. A teoria da relação, compreendendo os planos real, lógico e ideal do domínio da Filosofia, contribui para uma visão científica no âmbito das relações como norma de conduta.

A idéia de relação jurídica, doutrinariamente, e com maior profundidade, tem seus maiores aportes no domínio do Direito Privado, notadamente no Direito Civil, uma vez que a Teoria Geral do Direito Civil possui liames mais sólidos com a identidade e subjetividade. É o ramo jurídico em que se delimitam as relações decorrentes da personalidade, da família, das obrigações, das coisas, das sucessões. Enfim, a vida civil. Outras atividades sócio-econômicas, ao longo da História, germinaram as necessárias derivações das relações jurídicas até a publicização de outros vínculos sociais.

Incursionando, com brevidade, na colocação das bases do conhecimento sobre relação e causalidade, porquanto ambas têm importância para a compreensão do problema e do método lógico adotado. Sabemos que as diversas posturas da relação com o ob(jecto) podem ser consideradas nos planos real, ideal e lógico. Daí a colocação do problema. Assim, como o conhecimento erige sua própria teoria, da qual o conhecimento jurídico é espécie.

A noção de causalidade também não dispensa a construção de uma breve teoria a ser considerada “em relação”. As causas na natureza animada e na natureza inanimada que se somam aos atos humanos constituem a base lógica que produz as hipóteses

³¹ MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 25.

de incidência normativa, o que difere, na *praxis*, da idéia de causa largamente adotada para distinguir os chamados conflitos de interesses protegidos dos não protegidos, ou seja, a causalidade dos direitos subjetivos como elemento da relação jurídica.

Tais causas que, em sociedade, constituem, modificam ou extinguem vínculos entre pessoas e coisas, são os suportes fáticos das relações que se jurisdicizam, quando sobre elas incidem regras jurídicas ou, a partir da interpretação e aplicação da regra-conceito, tornam jurígenas relações entre particulares. O verdadeiro liame entre conceito³² e realidade, a não impedir desvio ou diferenças de perspectivas em Direito, mercê de diferentes escolas filosóficas.

Como ventilado anteriormente, a idéia de relação jurídica, com maior profundidade e extensão, tem seus maiores aportes doutrinários no domínio do Direito Privado. Aliás, tem a mesma configuração que o Direito Privado. A publicização do Direito é conquista recente, uma vez que a categoria Estado, entrelaçada ao fenômeno Separação de Poderes, despontou com a Modernidade e ainda está a evoluir, variando com a história e a sociedade, o que sugere a necessidade de incursionar no Direito Público, sob o prisma da relação jurídica, a partir de subsídios do Direito Privado. Em outras palavras, observando-se as construções do Direito Objetivo da taxionomia dos Direitos Subjetivos, que a privatística muito constrói e contribui, a elencar os entes públicos enquanto sujeitos de Direito.

Entretanto, forte é a necessidade do cenário filosófico nos domínios conceituais de relação, causalidade, tempo, movimento, verdade, lógica e conhecimento, enquanto categorias a serem investigadas. Essas proposições são subjacentes ao exame da relação jurídica, e através das quais é possível uma abordagem científica do que ela realmente é e como deve ser tratada, situando-a na circunscrição do público, da moralidade e da legalidade.

A construção de uma tese sobre sistemas e metodologias adotados para o estudo do Direito devendo partir, indubitavelmente

³² Conceito e linguagem a suprir o discurso normativo.

te, do conceito de relação enquanto gênero do qual a relação jurídica é o liame indistinto de causa e efeito de fatos sociais que se tornam jurídicos. Pouco se constrói, em doutrina e em jurisprudência, “sobre a matéria social que se deve tratar”. Na verdade, a interpretação e aplicação do Direito não raro se inserem no plano de delimitar situações concretas. Isto se deve, em parte, a várias causas, dentre elas, a complexidade e evidente mobilidade das relações humanas, o que se elevaria com o domínio da teoria do conhecimento e os subsídios da investigação filosófica dirigidos ao estudo do Direito.

É evidentemente seguro trazer como parâmetro teórico os subsídios da construção da idéia de relação e causalidade nos domínios da Filosofia e da Filosofia do Direito, como referenciais para focalizar os pontos estritos da relação jurídica nos diversos ramos do Direito.

Observa Bochenski³³ que: *“As grandes descobertas da ciência são justamente as leis e é por força das mesmas que a nossa técnica se desenvolve. As leis são o apoio inteligível, seguro e último, de todo comportamento racional.”* Não resta dúvida de que se tratarmos de relação jurídica, trataremos do mundo jurídico. E este universo jurídico é também um universo racional no qual há uma infinidade de relações compartimentadas em diversos sistemas. Poderíamos dizer que o mundo do Direito é o mundo das relações. As relações humanas sugerem relações diversas: sociológicas, sentimentais, econômicas, religiosas, jurídicas. Todas elas suscitando campos de investigação próprios, ou, como assinalou Pontes de Miranda³⁴: *“O ‘objeto’ de que temos de partir é o objeto da percepção. Só assim teremos seguido o método descritivo. A distinção entre existência real e existência ideal só se poderia aplicar, respectivo, àquele livro, que vejo, e à heroína do romance que se desenvolve naquele livro, como mulher, e nunca àquele livro e ao ‘vermelho’, ao ‘ácido’, ao ‘triângulo’.”*

³³ BOCHENSKI, J. M. **Diretrizes do pensamento filosófico**. São Paulo: Herder, 1967, p. 9.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 133.

5. A VISÃO DOS JETOS. SUJEITO. OBJETO. A ARGAMASSA.

Na vida comum é fácil localizar concepções sobre coisas, pessoas ou situações tanto pela compreensão, como pela interpretação. Os estudiosos da mente humana enveredam por diversos caminhos tendentes a explicar o seu funcionamento. Valem-se de diferentes áreas do conhecimento para explicar as diversas modalidades também de explicações do conhecimento. Da Psicologia à Neurologia ou à Teoria do Conhecimento. A investigação de Descartes – o raciocínio cartesiano –, ou o estudo de Hegel³⁵, os estudos fenomenológicos de Husserl³⁶, ou de Kant³⁷, entre inúmeros outros. Pontes de Miranda aprofundou interessante teoria sobre os “jetos” no seu livro: “O Problema Fundamental do Conhecimento”, que se revela uma obra-roteiro e síntese para compreender, estudar e apreender a pensar e raciocinar o “conhecimento” como “coisa”, “substância”, facilitando e minimizando esforços na abordagem da ciência e do pensamento filosófico. A ciência “fecha”, encerra. A Filosofia “abre”, expande. Útil e eficaz para “pensar” também o Direito.

Sobre os “jetos” e, aqui, implantada a limitação deste texto – um simples Roteiro³⁸ –, à leitura e compreensão das expressões

³⁵ HEGEL, G. W. F. **A Fenomenologia do Espírito. Partes I e II.** 2ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

³⁶ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas. Sexta Investigação (elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento).** São Paulo: Abril Cultural, 1980.

³⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Volumes I e II. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

³⁸ 1. A OBRA DE PONTES DE MIRANDA

1.1 A PRODUÇÃO JURÍDICA

1.2 A PRODUÇÃO FILOSÓFICA E SOCIOLÓGICA

1.3 A PRODUÇÃO LITERÁRIA

2. O PROBLEMA FUNDAMENTAL DO CONHECIMENTO

3. O SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO. INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO E INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA OU OS 28 FUNDAMENTOS DA CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO

-
- 4. INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA GERAL
 - 5. A SABEDORIA DOS INSTINCTOS: IDÉIAS E ANTECIPAÇÕES E À MARGEM DO DIREITO (ENSAIO DE PSYCHOLOGIA JURÍDICA)
 - 6. HISTÓRIA E PRÁTICA DO “HABEAS CORPUS”
 - 7. PROCESSO CIVIL
 - 7.1 COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939
 - 7.2 COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973
 - 7.3 HISTÓRIA E PRÁTICA DO ARRESTO OU EMBARGO – DIREITO POSITIVO COMPARADO: PROCESSUAL, COMMERCIAL E INTERNACIONAL
 - 7.4 TRATADO DA AÇÃO RESCISÓRIA
 - 8. CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA
 - 8.1 DEMOCRACIA, LIBERDADE E IGUALDADE (OS TRÊS CAMINHOS)
 - 8.2 ANARCHISMO, COMMUNISMO, SOCIALISMO
 - 8.3 OS FUNDAMENTOS ACTUAES DO DIREITO CONSTITUCIONAL
 - 8.4 A INTERPRETAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES DE 1946 E 1967 COM A EMENDA N° 01/69
 - 9 DIREITO PRIVADO
 - 9.1 FONTES E EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
 - 9.2 A VISÃO GERAL DO TRATADO DE DIREITO PRIVADO
 - 1. A PRÁTICA JURÍDICA
 - 10.1 QUESTÕES FORENSES
 - 10.2 DEZ ANOS DE PARECERES
 - 10.3 TRATADO DE DIREITO PREDIAL
 - 10.4 OUTRAS PESQUISAS: OBRAS RARAS E BIBLIOGRAFIA ESPARSA
 - 11. HERMENÊUTICA E TEORIA DO CONHECIMENTO
 - 11.1 A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA
 - 11.1.1 HERMENÊUTICA NO DIREITO BRASILEIRO
 - 11.1.2 HERMENÊUTICA EM FONTES TEOLÓGICAS E FILOSÓFICAS
 - 11.1.3 FILOSOFIA JURÍDICA E HERMENÊUTICA
 - 11.2 A TRANSIÇÃO DO CONHECIMENTO
 - 11.2.1 D'HELVETIUS
 - 11.2.2 HUSSERL
 - 11.2.3 HEIDEGGER
 - 11.2.4 GADAMER
 - 11.2.5 BETTI
 - 11.2.6 PERELMAN
 - 11.2.7 UNGER
 - 11.2.8 REALE

“hermenêutica” e “constitucional”, é suficiente investigar as expressões “(sub)jeto” e “(ob)jeto”. De logo, transparece a idéia de sujeito (*ergo sum*, ou, penso, logo existo) e objeto (enquanto substância, coisa, matéria).

Com isto podemos pensar em relações em que se desenvolvem vínculos entre pessoas e coisas, entre as pessoas consigo mesmas e entre coisas. Em outro parâmetro, podemos conceber relações ideais, relações reais e relações lógicas.

Entre relações e idéias desponta o campo de investigação das relações entre idéias (semelhantes ou dessemelhantes); relações reais (entre coisas, corpóreas ou incorpóreas, animadas ou inanimadas³⁹), relações lógicas – em que o raciocínio é parte menor do processo de percepção (compreende as relações do processo sensorial) -, é estabelecido por métodos lógicos (sistemático, indutivo, dedutivo, etc.), em que técnica, com arte e ciência revelam-se no pensar e comunicar.

6. HERMENÊUTICA E TEORIA DO CONHECIMENTO: FERRAMENTAS RELACIONAIS ENTRE O “SER-ESPÍRITO” E O “SER-MUNDO”

O universo de situações e de relações entre fatos e atos da vida social é tão vasto que, obviamente, é necessário um encadeamento “lógico” e, em grande parte, “sistemático” para compreensão e, de certo modo, “cientificidade” dos fenômenos jurídicos. Torna-se desnecessário aqui desenvolver idéias ou comentários sobre abordagens científicas do Direito em seus diferentes ramos.

11.2.9 MAXIMILIANO

12. OS JETOS

12.1 A ESTÁTICA DOS JETOS NA RELAÇÃO JURÍDICA

12.2 A DINÂMICA DOS JETOS NA RELAÇÃO JURÍDICA

12.3 OS JETOS NA HERMENÊUTICA E NA TEORIA DO CONHECIMENTO: A APROXIMAÇÃO DE UMA TEORIA SINGULAR

13. CONCLUSÕES

³⁹ Em Gramática estudamos as coisas, como substantivos – estes considerados como tudo que existe –, e estes substantivos são a “substância” dos Direitos das Coisas ou mesmo dos “Bens”.

Isto será mais pertinente no estudo dos ramos específicos ou no âmbito de uma Teoria Geral do Direito.

Pretende-se auferir o conteúdo que as palavras “hermenêutica” e “constitucional” permitem compreender. O propósito é aferir os parâmetros lógicos e jurídicos que tais palavras exprimem. Constatando que auferir prende-se a obter, apreender, e aferir a mensurar, medir, o propósito aqui é verificar dentre os fatos sociais os que interessam de perto à seara constitucional, aqui limitada à visão de que todo Cidadão tem ou deve ter sobre o que é a Constituição⁴⁰.

Mensurar, medir, nos leva à idéia de que podemos reunir ou classificar coisas ou palavras que revelam certa identidade de natureza, finalidade, extensão ou categoria. Sabemos, há algum tempo, que há coisas que podem ser medidas como há coisas de maior ou menor extensão e, ainda, há coisas que não podem ser medidas. Por outro lado, há coisas com finalidades definidas e, também, outras sem fins específicos. Por fim, simplificando, obviamente, coisas de diferentes naturezas, como as idéias, os sentimentos, os valores, as coisas animadas e as inanimadas, os seres, as pessoas, os sujeitos (lembramos dos sujeitos de Direito), o Estado, a equação matemática, a fórmula lógica, etc.

Na área do Direito lidamos não só com os ensinamentos jurídicos, com os livros estritamente de Direito, como, também, e com grande importância, com a necessidade de compreensão dos fatos políticos, econômicos, sociais, com as ciências biológicas, etc.

É sabido, sem sombra de dúvida, que o Direito lida com as relações sociais – no sentido mais amplo – e estas são de toda à

⁴⁰ Todo Cidadão (ou quem se diz ou pretende sê-lo) deve ter lido a Constituição. Soaria ridículo considerar-se Cidadão – sujeito de direitos e deveres políticos e jurídicos – quem não soubesse quais são esses direitos e deveres. Não apenas os profissionais do Direito ou quem se considere como tal devem conhecer a Constituição (o seu conteúdo), ainda que se não considere um especialista. Não é necessário ao Cidadão tornar-se um mediano ou profundo conhecedor do Direito Constitucional ou Civil, entretanto, aperceber-se do conteúdo da Constituição o tornará mais igual e menos vulnerável nas relações sociais e políticas. A fórmula vale para o Direito Civil, como para o comerciante os direitos inerentes às relações mercantis.

ordem, cuja extensão avança e se interliga com diversas áreas do conhecimento. É necessário, pois, ao profissional do Direito, que pretende ser bem sucedido, dominar o conteúdo das relações sociais a que o Direito pretende regular. Não quer isto dizer que deva ser um profundo conhecedor de todas as áreas em que o Direito vai atuar.

No entanto, não se deve esquecer que as relações jurídicas, como espécie das relações sociais, têm interatividade com várias outras áreas do saber. Basta exemplificar que a Informática avançada não é ferramenta indispensável ao Advogado, ao Juiz e ao membro do Ministério Público. Contudo, nenhum desses profissionais será suficientemente exitoso se não detiver conhecimentos ao menos razoáveis dos benefícios que a informática fornece ao seu trabalho, à sua função. Qual o tempo que leva o profissional para transcrever ou pesquisar decisões ou a legislação constitucional em meio magnético? Como seria o seu trabalho de pesquisa se ainda tivesse que recorrer às transcrições ou pesquisas datilografadas ou em fichas impressas?

A proposta que assinalamos neste tópico é a de levantar algumas indagações sobre o conteúdo da expressão “constitucional” e, também, da palavra “hermenêutica”, e as possíveis conexões entre si, destacadamente, das diversas “hermenêuticas” como instrumental para uma compreensão material da Constituição. Aqui vão dúvidas e questões se resolverão cotidianamente no âmbito acadêmico e profissional. O propósito é o de sugerir caminhos a partir de uma visão do “conteúdo”, do “real” a que a “norma” de Direito possa incidir.

Em suma, encontradas as “relações constitucionais” possamos verificar, com precisão, a possibilidade de “incidência” da Lei Maior, seja de forma abstrata ou de forma concreta. Em linhas modernas, a hermenêutica constitucional que visa evidenciar a constituição “material” tal qual como ela é. Ou, ainda, não só a Constituição como deveria ser, mas como ela é.

Percebe-se que os três termos (a forma, as palavras e a substância) expressam tanto idéias como “conteúdos” diferentes. Em si mesma, forma denota a percepção de algo visual, de embalagem, de invólucro. Mas as palavras também não sugerem idêntica

percepção? É verdade. Porém, as palavras representam mais. Sabemos que buscam transmitir idéias, sentimentos, porém, elas mesmas são “coisas” em si mesmo.

Os vocábulos de um dicionário, aí considerados em si mesmo, revelam coisas de idêntica ou análoga natureza. O foco é uma gramática ou uma “ciência”, uma disciplina. Um vocabulário de Processo Civil ou Constitucional revela uma “afinidade” metodológica, uma área do conhecimento. É construído a partir de idéias lógicas, de um método baseado em “arte” ou “ciência”. Tal qual é construída uma cadeira ou uma mesa. Compare-se alguém experiente ou um profissional que detém a técnica de serrar e lixar, bater os pregos, encaixar as peças, que revela uma técnica adquirida com a vivência no mister. Poderá introduzir novas técnicas, ferramentas ou conhecimentos, revela-se o artesão, o artífice.

De igual modo, o professor, o gramático ou o jurista que confronta a forma, as palavras e a substância das situações jurídicas. As relações jurídico-penais, as relações jurídico-processuais ou as relações jurídico-constitucionais. Pode-se aferir (medir, comparar) que a substância (conteúdo) de ser eleitor revela um direito (constitucional, político, de atividade política ativa, de cidadania).

A Constituição estabelece por um discurso normativo (a norma geral, abstrata) que, numa determinada situação (maior de 16 anos), alguém pode ser eleitor. Desse modo, no Capítulo dos Direitos e Garantias individuais revela-se a **forma impessoal, geral e abstrata** de um direito constitucional, de um direito individual à tutela estatal para obter o alistamento eleitoral. Ao indivíduo é assegurada a ampliação da Cidadania (política). A formalização é revelada na Constituição pela **palavra**. A singeleza gramatical e a simplicidade do texto tornam acessível a qualquer alfabetizado, ou, por via oral, compreender uma situação jurídico-política. Esta situação é a substância. Para compreensão da substância o ser humano vale-se dos conhecimentos habituais da vida social. A compreensão das palavras vale-se, geralmente, dos métodos gramaticais (ou literais) de interpretação, tanto quanto se lê um recibo de venda de veículo, quanto documentos como o título de eleitor ou a carteira nacional de habilitação. Por outro lado, a interpretação da Constituição compreende num primeiro passo a divisão das ma-

térias de que trata a Lei Maior.

A leitura do Índice da Constituição, do Código Civil, de outros Códigos ou de outras Leis – de maior extensão de matérias –, sugere apreensão eficaz quando nos deparamos com o respectivo Índice. Vemos, então, as diferentes matérias que são objeto de regulamentação. Notadamente, usa-se uma metodologia sistemática, chama-se divisão sistemática, índice sistemático, etc. São as substâncias das relações as matérias tratadas pelo legislador que redigiu o texto legal. É uma forma metodológica que induz à melhor compressão do assunto a ser estudado e aplicado. Há variações de formas e estilos no tratamento legislativo como há textos de diferentes épocas. Há palavras cujo uso torna-se, às vezes, difícil, porque incorporados do uso comum do Povo, em diferentes épocas ou regiões.

Do mesmo modo que na Literatura há as variações temporais (o Código Civil de 1916, a Lei do Mandado de Segurança de 1951 com suas alterações, a Constituição de 1988, ou a Lei de Improbidade Administrativa, etc.), ou as de cunho eminentemente regionais ou internacionais, em que se incorporam “palavras e substâncias” de outros países. Exemplos: *impeachment*, *inside information*, *astréinte*, *human rights*, *due process of law*, etc., ou, de outros locais ou costumes. A revelação da substância das relações ou das coisas tratadas permitirá através de “relações lógicas” a construção de estruturas ou “sistemas” de classificação por meio da aferição de semelhanças e diferenças. É com essa técnica que se obtém a visão do conteúdo (ou significado) das leis concretas.⁴¹

⁴¹ Sabemos que as leis possuem caráter de generalidade, de abstração, de impessoalidade, em regra. Entretanto, o processo de aplicação das leis, de realização do Direito, compreende o processo de Interpretação – nele considerada a Lei Maior, a Legislação infra-constitucional e a verificação do fato ou relação social. Tenha-se em consideração que o aplicador – Juiz ou não – realiza o Direito Objetivo por fases. Verifica a situação, a existência da regra jurídica, a validade e a incidência. Resulta a aplicação do Direito. São hipóteses lógicas, ou melhor, hipóteses do raciocínio lógico (um método de compreensão válido, científico). Verifica a existência da norma (geral, abstrata, impessoal, constatada a sua validade - aí se não é inconstitucional ou se não é incompatível no tempo ou no espaço ou na substância –, princípio da espe-

O que podemos entender por realidade no contexto da “hermenêutica constitucional”?

Demoraríamos talvez toda uma existência para descrever a realidade de uma Constituição. Obviamente, é necessário termos uma compreensão de sua substância e traçar um paralelo com o discurso normativo constitucional. E isso também seria de todo impraticável, uma vez consideradas as relações políticas e jurídicas em que se instala a substância da vida social – as relações sociais. As relações jurídicas na concepção de Pontes de Miranda⁴² constituem processo de adaptação social.

Limitemo-nos a considerar os agentes, a estrutura e a organização social, os direitos e deveres, os preceitos e os princípios, os valores e os sujeitos que se “relacionam” na organização política estabelecida pela Carta Constitucional. É um todo sistemático de preceitos a serem objeto de conhecimento (e do conhecimento quando necessitar de interpretação técnica) e de aplicação das regras (que são a abstratividade, generalidade e impessoalidade do processo técnico) à realidade política e jurídica. Desse modo, os métodos e técnicas constitucionais, seja qual for a corrente doutrinária e metodológica, derivam para a idéia de Ordem Jurídica e Política da Nação.

A sugestão simplista é transitar pela sua leitura procurando extrair a substância a ser tratada. Verificar a correlação entre o discurso normativo e as situações gerais e abstratas que sugerem de forma remota o percurso da norma jurídica constitucional, que vai do plano da existência, da validade, da incidência até a aplicação e revelação do direito concreto.

cialidade), e se expirou a sua validade quando temporária. Por fim, confrontada a hipótese fática, hipótese de incidência, aplica-a, realizando o direito concreto. É, hoje em dia, considerada a norma jurídica concreta. É a norma jurídica por excelência, como realidade normativa. É a trajetória da relação jurídica abstrata para a relação jurídica plena de concretude, inclusive fazendo transformar-se as relações jurídicas de um plano abstracional para o concreto.

⁴² Expressão e conteúdo implícito no conjunto de sua obra é mais detalhado no “Sistema de Ciência Positiva do Direito”.

7. A INVESTIGAÇÃO

A produção de Pontes de Miranda sugere, sem maiores dificuldades, devido ao leque de matérias tratadas, uma matriz metodológica desenvolvida no conjunto da obra, notadamente, no “Sistema de Sciencia Positiva do Direito” (1922) e em “O Problema Fundamental do Conhecimento” (1937), a colocação destacada da abordagem científica e a investigação filosófica. Em outra tarefa – “Introdução à Política Scientifica ou Fundamentos da Sciencia Positiva do Direito” (1924)⁴³ - assevera:

“À insistencia de amigos devo a resolução do presente trabalho, destinado a maior publico. Não dispensa elle a leitura da obra capital, em que mais de espaço se versam as materias. Nem me proponho a condensar o que Systema se escreveu. Não se trata de resumo, nem de syntese; mas de outro livro, em que divulgo e popularizo, digamos, as idéas expendidas naquelle. Porém nem todas nem sómente aquellas que alli se encontram.”

O Sistema foi atualizado pelo autor como se fora um apêndice. Introdução à Política Científica, 58 anos depois, nas palavras de Amnérís Pontes de Miranda: “*Fielmente transcrito o original, só atualizamos a ortografia e acrescentamos unicamente duas anotações deixadas por Pontes de Miranda no livro original. Quanto às demais observações, estatísticas e anotações correspondentes à época de seu lançamento (1924), tiveram seus dados rigorosamente respeitados.*”⁴⁴

Com “A Moral do Futuro”, abordando a visão matriz de seu pensamento, sucedeu a incursão nos meandros da percepção que aprimoraria, em qualidade e quantidade, em “À Margem do Direito⁴⁵ – Ensaio de Psychologia Jurídica” (1912). Estas são, básica-

⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Introdução á Política Scientifica. Prefacio.** Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Introdução à Política Científica.** 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

⁴⁵ A grafia encontra-se em **A Moral do Futuro.** Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia, Editores, 1913. Entretanto, no 2º milheiro impresso encontra-se: **À Margem**

mente, as obras que demonstram a linha de pensamento geral de Pontes de Miranda, na construção do “sistema” científico a que se propôs para tratar o “conhecimento” e, especialmente, “o conhecimento jurídico”. De certo modo, pode-se afirmar que buscava sempre o rigor “científico”, o que é razoavelmente demonstrado, ao destacar ou “especializar” as abordagens tratadas em suas obras.

A produção jurídica na avassaladora contribuição no Direito Privado, no Direito Processual e no “Direito Político” revela construção hermenêutica apropriada a cada área de investigação. O imenso Tratado de Direito Privado (60 volumes) é obra de investigação de Direito Privado – evidentemente civil e comercial no que deva ser civil e comercial. Os Comentários aos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973) revelam o processualista, o rigor hermenêutico, aliás, os Prefácios não revelam alterações significativas em que coloca a Teoria do Processo de forma unitária e quase imutável, desde os avanços científicos da autonomia do Direito de Ação – a tutela jurisdicional –, a partir das últimas décadas do Século XIX, com os avanços da processualística alemã.

No Direito Constitucional e na Filosofia Política – profecia o

do Direito (Ensaio de Psychologia Jurídica). Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1912. Em quatro livros aborda: Livro I: “Idéas Propedêuticas: Concepção de um ensaio psycho-jurídico. I – A unidade da sciencia. II – A sociologia, a psychologia e o direito: classificação scientifica dos factos psycho-juridicos. III – Fundamento novo do Direito.” No Livro II: “A Margem do Direito. Sciencias do Direito: anatomia, pshysiologia e psychologia jurídicas: I – A psychologia jurídica e os factos psycho-jurídicos. II – O facto intencional: direitos pessoases e direitos reais. Vontade unilaterial. Formula da adaptação. III. – A lei: leis falsas e leis verdadeiras.” Livro III: “ Formação da regra jurídica. A fonte jurídica: uma lei de psychologia social. I. As tendencias politicas: uma lei de evolução dos povos. II – As variações da lei. Moral do eu personalissimo e moral do eu aparente. Goethe Nietzsche. Elementos jurídicos. Lei psychologia na formação da regra juridica.” E, no livro IV: “Formação dos Organismos jurídicos. Preliminares. Theoria psychologia na formação dos organismos jurídicos. I. Vida jurídica: analogias. Direito e acção. II. – Personalidade. Leis e methodos. Concepção da personalidade. Qual a natureza da personalidade jurídica. Creação psycho-jurídica. Alterações e vícios da personalidade. Reação socio-jurídica: as sociedades civis e commerciaes. O Estado. III – Elemento physiologico na formação do Direito: Eleutheropulos e Tönnies, Ihering e Grumplowicz. IV – Theoria Psycho-pshysica. Leis psychologicas na formação do Direito. V – Conclusão.”

que hoje é nominado pelos prestigiados “direitos fundamentais”. A contribuição sociológica atrela-se à perspectiva científica nessas áreas abordadas. Os Comentários constitucionais revelam, de certo modo, a visão “munividente”, porém com o trato científico comparado, à luz de copiosa referência aos pensadores que tratavam as categorias fundamentais, dos Gregos à Escolástica, do Iluminismo ao Racionalismo e as ramificações decorrentes da influência no pensamento Ocidental.

Em linhas gerais, a monumental obra de Pontes de Miranda, por si só, não se comportaria em resumo adequado para este estudo investigativo a obter uma síntese metodológica, sem antes incursionar na formação do pensamento de quem é considerado, ao longo do século que se inicia, como um dos maiores pensadores de sua época. É relevante notar o necessário cotejo com o pensamento jurídico nacional e internacional⁴⁶ mais citado e acen-

⁴⁶ Livros:

ABBAGNANO, Nicola. **A Sabedoria da Filosofia. Problemas da nossa vida.** 2ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1991; **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970; ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process.** New York: Oxford University Press, 1993; ADIP, Amado. **Conflicto entre Ley y Costumbre.** 2ª edição, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975; ADLER, Mortimer J. (Ed.). **Great Books of the Western World. The Syntopicon: I e II. An Index to the Great Ideas.** Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1996; ALBERONI, Francesco. **Valores. O Bem, o Mal, a Natureza, a Cultura, a Vida.** Rio de Janeiro: Rocco, 2000; ALDRICH, Douglas. **Dominando o mercado digital.** São Paulo: Makron Books, 2000; ALMEIDA, Candido Mendes de. **Auxiliar Jurídico. Servindo de apêndice a décima quarta edição do Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal recopiladas por mandado de El-Rey D. Philippe I.** Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985; **Ordenações Filipinas. Livro I.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985; **Ordenações Filipinas. Livros II e III.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Programa de Ensino de Prática Forense.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958; ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência. Introdução ao jogo e as suas regras.** São Paulo: Edições Loyola, 2000; **O enigma da religião.** Campinas: Papyrus Editora, 1984; ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos.** 3ª edição. Brasília: Editora UnB, 1999. **Poética. Organon. Política. Constituição de Atenas.** São Paulo: Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1996; AUDI, Robert. **The Cambridge Dictionary of Philosophy.** Second edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1999; AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado.**

5ª edição, Porto Alegre: Editora Globo, 1971; AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do processo legislativo. Jogo parlamentar. Fluxos de poder e idéias no Congresso. Exemplos e momentos comentados.** São Paulo: Atlas, 2001; BACHELARD, Gaston. **A Dialética da Duração.** São Paulo: Ática, 1988; BACON, Francis. **Advancement of Learning.** Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira.** São Paulo: Saraiva & Cia, 1932; BARBOSA FILHO, Manuel. **Introdução à Pesquisa. Métodos, Técnicas e Instrumentos.** 3ª edição. João Pessoa: A União – Superintendência de Imprensa e Editora, 1994; BARROS, Benedicto. **Princípios de Direito Processual Civil. Da Ação Judicial.** s/l: Editor Borsoi, 1959; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** São Paulo: LTr Editora, 1977; BEIGNIER, Bernard. **Droits fondamentaux et règles principales du procès civil. Préparation au C.R.F.P.A. Libertés et droits fondamentaux.** Paris: Éditions Montchrestien, 2000; BEN-DOV, Yoav. **Convite à Física.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996; BENTHAM, Jeremias. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos.** São Paulo: Edições Cultura, 1943; BERGSON, Henri. **Matéria e memória. Ensaio sobre a relação do corpo com o espírito.** São Paulo: Martins Fontes, 1990; **As Duas Fontes da Moral e da Religião.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978; BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaio sobre a Liberdade.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969; BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I.** Coimbra: Coimbra Editora, Coleção Coimbra Editora, 1969; **Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, Coleção Coimbra Editora, 1969; BIBLE WISDOM. **The Virtual Holy Land.** Renton: Topics Entertainment, Inc., 2002; BIBLE WISDOM. **Bible Library Master 1.** Renton: Topics Entertainment, Inc., 2002; BIBLE WISDOM. **Bible Library Master 2.** Renton: Topics Entertainment, Inc., 2002; BIBLE WISDOM. **Theophilos Library 3.** Renton: Topics Entertainment, Inc., 2002; BLACK, Hugo. **Crença na Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 1970; BLAU, Peter M. (Org.). **Introdução ao Estudo da Estrutura Social.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977; BLISS, Edwin C. **Como conseguir que as coisas sejam feitas. O ABC da administração do tempo.** Rio de Janeiro: Editora Record, 1997; BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico.** Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965; **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: Editora Polis e Editora Universidade de Brasília, 1989; **Estudos sobre Hegel. Direito, Sociedade Civil, Estado.** São Paulo: Editora Brasiliense e Editora Unesp, 1989; **Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa.** 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987; **O Tempo da Memória. De Senecture e outros escritos autobiográficos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997; **O futuro da democracia.** 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2000; BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 2ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986; BOCHENSKI, J. M. **Diretrizes do pensamento filosófico.** 3ª edição, São Paulo: Editorial Herder, 1967; **A Filosofia contemporânea ocidental.** São Paulo: Editora Herder, 1962; BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001; **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões.** 2ª edição,

São Paulo: Malheiros Editores, 1996; **Reflexões: Política e Direito**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978; **Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001; BONOMI, Andréa. **Fenomenologia e Estruturalismo**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974; BOSCH, Philippe van den. **A Filosofia e a Felicidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1998; BOSON, Gerson de Brito Mello. **Internacionalização dos Direitos do Homem**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972; BRADLEY, Sculley (Org.). **The American Tradition in Literature**. Third Edition. Volume I. New York: E. W. Norton & Company Inc, 1967; BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **A defesa dos empresários nos crimes econômicos**. Belo Horizonte: Saraiva S.A. – Livrários Editores, 1982; BRÉHIER, Emile. **Historia de la Filosofia. Siglos XVIII-XX**. Volumen II. Madri: Editorial Tecnos, S.A., 1988; **Historia de La Filosofia. Desde la Antigüedad hasta el siglo XVII**. Volumen I. Madri: Editorial Tecnos S.A., 1988; BRESLIN, Gerry, GARCÍA, Teresa Alvarez. (Org.) Collins Pocket Plus Español Inglés English Spanish. Barcelona: Grijalbo Mondadori, S.A., 1997; BRETONE, Mario. **História do Direito Romano**. Lisboa: Editorial Estampa, 1990; BROWN, G., YULE, G. **Análisi del discurso**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1986; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo 2º. Fato Punível. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1967; BURGOA, Ignacio. **Las garantías Individuales**. Segunda edición, México: Editorial Porrúa, S.A., 1954; BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. **Ciência y Filosofia Del Derecho (Filosofia, Derecho, Revolución)**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961; CÂMARA, José Gomes B. **Subsídios para a história do Direito pátrio**. Tomo IV (1889-1930). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1967; CÂMARA JÚNIOR, J. Mattoso. **Princípios de lingüística geral. Como introdução aos estudos superiores da Língua Portuguesa**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Padrão-Livraria Editora Ltda, 1980; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1977; CAPITANT, Henri. **Introduction a L'Etude du Droit Civil – Notions Générales**. 4ª édition, Paris: A. Pedone Éditeur, s/d; Vocabulário Jurídico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961; CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Madri: Editorial Tecnos, 1977; CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot S.A., s/d; CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia e Direito. Fundamentos da Sociologia Geral. Sociologia Aplicada ao Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 1979; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Dicionário de Direito Penal**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1974; CHALHUB, Samira. **A meta-linguagem**. São Paulo: Editora Ática, 1986; CHILCOTE, Ronald H. **Teorias de Política Comparativa. A busca de um paradigma reconsiderado**. Petrópolis: editora Vozes, 1998; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones De Derecho Procesal Civil (Istituzioni di Dirito Processuale Civile) Las Relaciones Procesales (La Jurisdicción y los Sujetos del Proceso)**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, 1ª edição, 1940; CLAYTON, James E. **O Direito em Ação**. Rio de Janeiro: Forense, 1966; COELHO, Luís

Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1981; COLIN, A., CAPITANT, H. **Curso Elemental de Derecho Civil**. Tomo primero. Cuarta edición, Madri: Editorial Reus, S.A., 1975; **Curso Elemental de Derecho Civil**. Tomo segundo. Cuarta edición, Madri: Editorial Reus, S.A., 1975; COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1978; CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000; COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Segunda edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964; COSTA JR, Paulo José da, DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. São Paulo: Saraiva, 1995; COTTINGHAM, John. **Descartes. A Filosofia da Mente de Descartes**. São Paulo: Editora UNESP, 1999; COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 1995; COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994; CRUET, Jean. **A Vida do Direito**. s/l, s/e, s/d; DAVI, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Direito Comparado**. 2ª edição, Lisboa: Editora Meridiano, 1978; DAVIS, Philip, HERSH, Reuben. **A experiência matemática. A história de uma ciência em tudo e por tudo fascinante**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1985; DESCARTES, René. **Discourse on the Method of Rightly Conducting Reason**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo. Comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997; DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988; D'ENTRÈVES, A. Passerin. **La notion de l'État**. Paris: Éditions Sirey, 1969; DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual – a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1998; DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Volume I. 4ª edição, Coimbra: Armênio Amado, Editor, Suc, 1972; **Lições de Filosofia do Direito**. Volume II. 4ª edição, Coimbra: Armênio Amado, Editor, Suc, 1972; **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª edição, Coimbra: Armênio Amado, Editor, Suc, 1979; D'HELVETIUS, Claude-Adrien. **Del Espiritu**. Madri: Editora Nacional, 1984; DIAMOND, A. S. **L'Évolution de la Loi et de L'Ordre. Les sauvages – les barbares – la civilisation primitive – l'âge moderne**. Paris: Payot, 1954; DIAS, Adahyl Lourenço *et alii*. **Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982; **DICIONÁRIO ESPANHOL/PORTUGUÊS. Pronúncia sonora das palavras. Pronunciación sonora de las palabras. Conjugação de verbos. Conjugación de verbos. Dicionário reverso. Diccionario reverso. 150.000 verbetes. 150.000 entradas. Sinônimos. Sinónimos**. Rio de Janeiro: Lexikon Informática e Porto Editora, s/d; DICKERSON, Reed. **A Arte de Redigir Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1965; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1987; **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987; DOUGLAS, Paul H. **Ética de Governo**. Rio de Janeiro: Forense, 1964; DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. São Paulo: Editora Pioneira, 1999; **Administrando em tempos de grandes mudanças**. São Paulo: Editora Pioneira, 1999; DURANT, Will. **Historia da Filosofia. Vida e ideias dos grandes filósofos**. Volume 1. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942; **Filosofia da Vida**. Volume 2. São Paulo: Companhia Editora Nacional, s/d;

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social. As regras do método sociológico. O suicídio. As formas elementares da vida religiosa.** São Paulo: Abril Cultural, 1978; **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martin Claret, 2001; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000; ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1977; **Apocalípticos e Integrados.** 5ª edição, São Paulo: Editora Perspectiva, s/d; **Sobre os espelhos e outros ensaios.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1985; **Interpretação e Superinterpretação. Entre a intenção do autor e o propósito do intérprete existe a intenção do texto.** São Paulo: Martins Fontes, 1997; **A estrutura ausente. Introdução à pesquisa semiológica.** São Paulo: Editora Perspectiva, s/d; EDELMAN, Bernard. **O Direito captado pela fotografia.** Coimbra: Centelha, 1976; ELIOT, Charles (ed.). **American Historical Documents. 1000-1904.** New York: P. F. Collier & Son Corporation, 1934; ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1964; ENTERRIA, Eduardo Garcia de, FERNANDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991; ESCOBEDO, J. C. **Enciclopedia Completa de la Mitologia.** Barcelona: Editorial De Vecchi, S.A., 1972; ESPINOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946).** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952; FABREGUETTES, M. P. **A Lógica Judiciária e a Arte de Julgar.** São Paulo: C. Teixeira & C^a, 1914; FARIA, Antonio Bento de. **Elementos de Direito Romano. Contendo a Theoria das Institutas precedida de uma introdução ao estudo do Direito Romano de F. Mackeldey.** Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1907; FEIJÓ, Diogo Antônio. **Cadernos de Filosofia.** São Paulo: Editorial Grijalbo, 1967; FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis.** 3ª edição, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, Coleção Studium, Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais, 1978; FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 1976; **Direito, Retórica e Comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1973; **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1978; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades Públicas (Parte Geral).** São Paulo: Saraiva, 1978; FICHTE, Johann Cottlieb. **A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos.** São Paulo: Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1980; FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas.** Segunda edición, Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1991; FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 1998; FRANCA, P. Leonel. **Noções de História da Filosofia.** 9ª edição, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943; FREITAS, Teixeira de. **Vocabulário Jurídico.** Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1983; FREYER, Hans. **Teoria da Época Atual.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965; FRIEDRICH, Carl. J. **Tradição e autoridade em ciência política.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974; **Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965; **Rational Decision. Nomos VII.** New York: Atherton Press, s/d; FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas.**

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976; GALLO, Antônio Felipe A. **Código Tributário Nacional e Legislação Complementar**. São Paulo: Malheiros, 1998; GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet – direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1997; GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madri: Alianza Editorial, S.A. 1977; GARNER, Bryan A. **The Elements of Legal Style**. New York: Oxford University Press, 1991; GELLNER, Ernest. **Antropologia e Política. Revoluções no Bosque Sagrado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997; GIFIS, Steven H. **Law Dictionary**. Third edition, New York: Barron's Educational Series, Inc., 1991; GOLDMANN, Lucien. **Origem da Dialética. A comunidade humana e o universo de Kant**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967; **Ciências Humanas e Filosofia. Que é a Sociologia?** 10ª edição, São Paulo: Difel, 1986; GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes**. Sexta edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987; **La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)**. Madri: Aguilar, 1958; GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; GREGORI, Waldemar de. **Cibernética Social – Trialética Sistemica**. São Paulo: Cortez Editora, 1984; GRESSAYE, Jean Brethe de La, LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction Générale a L'Etude du Droit**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947; GROPPALI, A. **Philosofia do Direito**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1926; GURVITCH, Georges. **Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Livraria Cosmos Editora, 1946; **Tratado de Sociologia II**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1977; GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001; **Manual de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957; HALL, Kermitt (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 1992; HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 1997; HART, H. L. A. **El concepto de Derecho**. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977; HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito. Parte I**. 2ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1992; **Fenomenologia do Espírito. Parte II**. 2ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1992; **Principes de la Philosophie du Droit**. Paris: Gallimard, 1973; **Princípios da Filosofia do Direito**. 2ª edição, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1976; HEIDEGGER, M. **O Fim da Filosofia ou a Questão do Pensamento**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1972; **Ser e Tempo. Parte I**. 10ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2001; **Ser e Tempo. Parte II**. 8ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2001; HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1977; HERSCH, Jeanne (Org.). **O Direito de Ser Homem**. Guanabara: Conquista, 1972; HESPANHA, António M. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Mem Martins: Publicações Europa-América, LDA, 1997; **Justiça e litigiosidade, história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d; **A história do Direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, LDA, 1978; HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999; HIRSCHBERGER, Johannes. **Historia de la Filosofia. Tomo I. Antigüedad, edad media, renacimiento**. Decimotercera edición, Barcelona: Biblioteca Herder, 1985; **Historia de la Filosofia. Tomo II. Edad moderna, edad contemporánea**. Duodécima edición, Barcelona: Editorial

Herder, 1986; HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998; **Leviathan**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; HOFFMAN, Daniel G (Org.) **American Poetry and Poetics. Poems and critical documents from the puritans to Robert Frost**. New York: Anchor Books, 1962; HOLMES, Oliver Wendell. **O Direito Comum. As Origens do Direito Anglo-Americano**. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, s/d; HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa. Versão 1.0**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2001; HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas. Sexta Investigação (Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento)**. São Paulo: Abril Cultural, 1980; JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Cultrix, 1999; **Origen y Meta de la Historia**. Segunda edición, Madrid: Revista de Occidente, 1953; JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973; JHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio Sociedade Cultural Ltda, 1979; **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1968; **Questões e Estudos de Direito**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1955; **A Evolução do Direito (Zweck im Recht)**. Lisboa: Editores e Proprietários José Bastos & Cia, s/d; JOHAS, Homero. **Filosofia dos Sentidos**. Rio de Janeiro: s/e, 1970; KALINOWSKI, Georges. **Lógica Del Discurso Normativo**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975; **Introducción a la Lógica Jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica**. Buenos Aires: Eudeba – Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973; KANNAS, Claude (Org.) **Dictionnaire de la Langue Française. 38.000 mots, 50.000 synonymes, 20.000 locutions**. Paris: Larousse, 1995; KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Volumes I e II. São Paulo: Nova Cultural, 1991; KELSEN, Hans. **Teoria Comunista del Derecho y Del Estado**. Buenos Aires: Emecé Editores, S.A., 1957; **Teoria Geral das Normas (Allgemeine theorie der normen)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986; **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1976; KOCK, Ingedore Villaça, TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A Coerência Textual**. São Paulo: Editora Contexto, 2001; KOENIG, Samuel. **Elementos de Sociologia**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970; KOPNIN, P. V. **A dialética como lógica e teoria do conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1978; KRADER, Lawrence. **A formação do Estado**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970; KRISTEVA, Julia. **Historia da Linguagem**. Lisboa: Edições 70, LDA, 1988; LACEY, Hugh M. **A Linguagem do Espaço e do Tempo**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972; LAÉRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Brasília: Editora UnB, 1988; LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990; LANDOWSKI, Eric. **A Sociedade Refletida. Ensaio de Sociosemiótica**. São Paulo: Editora da PUC-SP e Pontes Editores, 1992; LANERI, Fernando Fueyo. **Teoria e Prática de La Información Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky Editora, 1977; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d; LASKI, Harold J. **Introdução à Política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964; LASSWELL, Harold D. **A Linguagem da Política**. Brasília: Editora UnB, 1982; LASSWELL, Harold D., LERNER, Daniel. **As Elites Revolucionárias**. Rio de Janeiro:

Zahar Editores, 1967; LAUDON, Kenneth C. **Sistemas de Informação**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1999; LAUDON, Kenneth, LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com internet**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1977; LAZERGES. **As grandes hipóteses da ciência moderna**. São Paulo: Edições Cultura, 1944; LEBRUN, Gérard. **O que é Poder**. São Paulo: Abril Cultural e Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1984; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofia del Derecho**. Tercera edición, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1972; **Humanismo, Estado y Derecho**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1960; LÉVISTRAUSS, Claude. **Structural Anthropology**. Second edition, Chicago: The University of Chicago, 1990; LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1964; LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. São Paulo: Editora 34, 1ª edição, 1992, 8ª Reimpressão, 1999; **A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência**. São Paulo: Editora 34, 2001; LÉVY, Pierre, AUTHIER, Michel. **As árvores de conhecimentos**. São Paulo: Editora Escuta, 1995; LEYRET, Henry. **Las sentencias del buen Juez Magno**. Bogotá: Editorial Temis, 1976; LINDSAY, A. D. **O Estado Democrático Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964; LINS, Ivan. **Escolas Filosóficas ou Introdução ao Estudo da Filosofia**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Livraria São José, 1955; LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1985; LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Fascículo de Dissertações Juridico-Praticas**. Tomo I. Lisboa: Imprensa Nacional, 1866; **Fascículo de Dissertações Juridico-Praticas**. Tomo II. Lisboa: Imprensa Nacional, 1849; **Fascículo de Dissertações Juridico-Praticas**. Tomo III. Lisboa: Imprensa Nacional, 1849; **Tratado Pratico Compendiario de todas as Acções Summarias**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859; **Colleção de Dissertações e Tractados vários em suplemento ás segundas linhas sobre o processo civil e as notas a elles relativas**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855; **Segundas linhas sobre o processo civil ou antes adições ás primeiras**. Parte I. Lisboa: Imprensa Nacional, 1910; **Segundas linhas sobre o processo civil**. Parte II. Lisboa: Imprensa Nacional, 1911; **Tratado encyclopedico pratico e critico sobre as execuções que procedem por sentenças e de todos os incidentes n'ellas**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1865; LORENTE, Francisco Rubio, PELÁEZ, Mariano Daranas. **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997; LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985; LUMIA, Giuseppe. **Principios de Teoria e Ideologia Del Derecho**. Madri: Colección Universitaria-Editorial Debate, 1973; LYRA FILHO, Roberto. **A Filosofia Jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão crítica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1977; MABBOTT, J. D. **O Estado e o Cidadão. Uma Introdução à Filosofia Política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968; MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975; **Sociologia Jurídica**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1973; MACHIAVELLI, Nicolò. **The Prince**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000; MARCUS, Maeva. **Origins of the Federal Judiciary – Essays on the Judiciary Act of 1789**. New

York: Oxford University Press, 1992; MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Análise da conversação**. 5ª edição, São Paulo: Editora Ática, 2000; MARIAS, Julían. **Biografia da Filosofia e Idéia da Metafísica**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966; **Historia de la Filosofia**. Sexta edición, Madri: Manuales de la Revista de Occidente, 1952; MARITAIN, Jacques. **Elementos de Filosofia II. A ordem dos conceitos. Lógica menor (lógica formal)**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1958; MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARTINS, Maria Helena. **O que é leitura**. 19ª edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 1994; MAXIMILIANO, Carlos. **Comentarios à Constituição Brasileira, 1946**. Volume I. 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1948; MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al Estudio Del Derecho**. 21ª edição, México: Editorial Porrúa S.A., 1973; **Introducción a la lógica jurídica**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1951; MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do Homem (understanding media)**. São Paulo: Cultrix, 1995; MELO, Hygina Bruzzi de. **A cultura do simulacro. Filosofia e modernidade em J. Baudrillard**. São Paulo: Edições Loyola, 1988; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da validade)**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999; MERSAN, Carlos. **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1985; MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971; **Manual de Derecho Civil Y Comercial**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971; MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Rio de Janeiro: Moraes Editores, 1979; MINOGUE, Kenneth. **Política. Uma brevíssima introdução**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998; MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado. Parte Histórica**. Volume I. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1950; **Filosofia do Direito e do Estado. Doutrina e Crítica**. Volume II. Coimbra: Atlântida Editora, 1966; MONTAIGNE, Michel de. **The Essays**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; MONTEIRO, João. **Programma do Curso de Processo Civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º ano da Faculdade de Direito de S. Paulo**. São Paulo: Typographia Academica, 1936; MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Edições Cultura, 1945; **De l'esprit des lois. Les grands thèmes**. Paris: Gallimard, 1970; MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1987; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Homem e a Política. Atitudes ante o Poder: uma contribuição para a democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1987; MORRALL, John B. **Aristóteles**. 2ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985; MORUS, Thomas. **A Utopia**. 3ª edição, Brasília: Edunb, 1992; NAWIASKY, Hans. **Teoria General Del Derecho**. Madri: Ediciones Rialp S.A., 1962; NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução à Sociologia**. 2ª edição, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970. **A Teoria Ecológica do Direito**. João Pessoa: Imprensa Universitária, 1967; NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12ª edição, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990; OPISSO, A. **A Arte de Pensar**. Buenos Aires: Edições América Latina, s/d; OSBORN, Loran David, NEUMEYER, Martin Henry. **A Comunidade e a Sociedade. Introdução à Sociologia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936; OSSORIO, Angel. **La Justicia. La Justicia. Poder**. I. Buenos Aires: Ediciones

Jurídicas Europa-América, 1961; **La Justicia. Bases para la Reorganización Judicial**. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961; PALLARES, Eduardo. **Derecho Procesal Civil**. 7ª edição, México: Editorial Porrúa S.A., 1978; PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, LDA, 1989; PARSONS, Talcott (Org.). **A sociologia americana. Perspectivas/problemas/métodos**. São Paulo: Editora Cultrix, 1968; PASSARELLI, F. Santoro. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Biblioteca Jurídica Atlântida, 1967; PASQUIER, Claude du. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit**. Quatrième édition, Paris: Delachaux et Niestlé – Neuchâtel, 1967; PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução Axiológica ao Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977; PAVIANI, Jayme. **Fundamentos da Semântica**. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1976; PEREIRA, Aloysio Ferraz. **Estado e Direito na perspectiva da libertação (Uma crítica segundo Martin Heidegger)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980; PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; **Lógica Jurídica. Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECAS, Lucie. **Tratado de Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 3ª edição, 1997; PICARD, Edmond. **O Direito Puro**. s/l: Editorial Ibero-Americano, 1932; PICON, Caëtan (Org.). **Panorama das ideias contemporâneas**. Lisboa: Editorial Estúdios Cor, 1961; PIÉRON, Henri. **Dicionário de Psicologia**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Globo, 1987; PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1976; PINTO, José Maria Frederico de Souza. **Primeiras linhas sobre processo civil brasileiro**. Tomo Terceiro. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1854; PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 2000; PLATO. **Laws. The dialogues of Plato**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; POPPER, Karl. R. **A sociedade democrática e seus inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1959; QUINTANA, S. V. Linares. **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino Y Comparado. Parte Especial Tomo IV. La libertad constitucional. Libertades Particulares**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1956; **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino Y Comparado. Parte Especial Tomo III. Libertad Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1956; **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino Y Comparado. Parte Especial Tomo V. La Libertad Constitucional. Libertades Particulares**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1956; RADBRUCH, Gustav. **El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980; RALWS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981; RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos – Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos Elementos que constituem os Direitos Subjetivos**. Volume II. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, s/d; REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1º Volume. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972; **Filosofia do Direito**. 2º Volume. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972; **Filosofia do Direito**. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1982; **Horizontes do Direito e da História**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1977; **O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)**. São Paulo:

Saraiva, 1968; **Teoria Tridimensional do Direito. Preliminares históricas e sistemáticas.** São Paulo: Saraiva, 1968; RENARD, Georges. **El Derecho, La Justicia y La Voluntad.** Buenos Aires: DEDEBEC, Ediciones Desclée de Brouwer, s.d; RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977; RICARDO, Davi. **Princípios da economia política e tributação.** São Paulo: Abril Cultural, 1978; RICCEUR, Paul. **Em torno ao político.** São Paulo: Edições Loyola, 1995; RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes.** São Paulo: Martins Fontes, 2000; RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno.** São Paulo: Editora Saraiva, 1937; **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947; RIPERT, Pierre. **Dictionnaire des citations de langue française.** Paris: Bookking International, 1995; ROCHA, M. A. Coelho da. **Instituições de Direito Civil.** Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1984; ROCHA, Manuel Lopes, MACEDO, Mário. **Direito no ciberespaço.** Lisboa: Edições Cosmos, 1996; ROMANO, Santi. **Fragmentos de um dicionário jurídico.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964; ROSA, F. A. de Miranda (Org.). **Direito e Conflito Social.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981; **Direito, Justiça e Ideologia.** Rio de Janeiro: Achiamé, 1980; ROSENFELD, Denis L., TORRES, João Carlos Brum. **Filosofia Política 4.** Campinas: Unicamp e UFRGS, 1987; ROSS, Alf. **Logica de Las Normas.** Madrid: Editorial Tecnos, 1971; **Sobre El Derecho Y La Justicia.** 4ª edição, Buenos Aires: Editorial Tecnos, 1977; ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da Filosofia Contemporânea do Século XIX à Neoescolástica.** São Paulo: Edições Loyola, 1999; RUBY, Christian. **Introdução à Filosofia Política.** São Paulo: Editora Unesp, 1998; RUSSEL, Bertrand. **A filosofia de Leibniz (Uma exposição crítica).** São Paulo: Companhia Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1968; **O Poder. Uma nova análise social.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979; SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política).** São Paulo: Sugestões Literárias, 1980; **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998; **Formação da Teoria Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983; **Legalismo e Ciência do Direito.** São Paulo: Atlas, 1977; **Ordem e Hermenêutica. Sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992; **Velha e Nova Ciência do Direito.** Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1974; SALMON, Wesley C. **Lógica. Curso Moderno de Filosofia.** 2ª edição, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971; **Lógica. Curso Moderno de Filosofia.** 3ª edição, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973; SALOMÃO, Jayme (Org.). **O pensamento político de Platão à OTAN.** Rio de Janeiro: Imago Editora, 1984; SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia.** São Paulo: Editora Best Seller, 7ª edição, 1989; SANT'ANNA, Ilza Martis, MENEGOLLA, Maximiliano. **Didática: Aprender a ensinar.** São Paulo: Edições Loyola, 1989; SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; SANTOS, Theobaldo M. **Curso de Filosofia e Ciências. Manual de Sociologia. Introdução didática ao estudo da Sociologia Geral para uso das Faculdades de Filosofia, Institutos de Educação e Escolas Normais.** 2ª edição, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1962; **Manual de Filosofia. Introdução, Filosofia Geral, História da Filosofia.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1949; SARTORI,

Giovanni. **A Política**. Brasília: Editora UnB, 2ª edição, 1997; **A Teoria da Democracia Revisitada. 1. O Debate Contemporâneo**. São Paulo: Ática, 1994; **A Teoria da Democracia Revisitada. 2. As Questões Clássicas**. São Paulo: Ática, 1994; SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Editora Cultrix, 1995; SCARMAN, Lorde Leslie. **O Direito Inglês – A Nova Dimensão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1978; SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Bosch, 1950; SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966; SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. **Sociologia Política. Elementos de Ciência Política**. São Paulo: Difel, 1979; SEAGLE, William. **The History of Law**. New York: Tudor Publishing Co., 1946; SERRANO, Jonathas. **História da Filosofia. O pensamento filosófico através dos séculos**. Rio de Janeiro: Editora Zélio Valverde, 1944; SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987; SHKLAR, Judith N. **Direito, Política e Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967; SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**. México, DF: Editorial Porrúa, 1956; **Tratado de Sociologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1965; **Tratado de Sociologia**. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Lobo, 1965; SKLAIR, Leslie. **El Conocimiento Organizado**. Barcelona: Editorial Labor, 1977; SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1978; SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Primeiras linhas sobre o Processo Civil. Nova edição seguida da Reforma Judiciária da Justiça local do Distrito Federal**. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1907; **Primeiras linhas sobre o Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Typografia Perseverança, 1879; SPENCER, Herbert. **A Justiça**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, s/d; **Da Liberdade á Escravidão**. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, s/d; **O Indivíduo contra o Estado**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, s/d; SPINA, Segismundo. **Introdução à Edótica**. São Paulo: Editora Cultrix e Editora Universidade de São Paulo, 1949; SPINOZA, Benedict de. **Ethics**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; STERN, Alfred. **Philosophie du Rire et des Pleurs**. Paris: Presses Universitaires de France, 1949; TARDE, Gabriel. **Las Transformaciones del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1947; TIGAR, Michael E., LEVY, Madeleine R. **O Direito e a Ascensão do Capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978; TIMASHEFF, Nicholas S. **Teoria Sociológica**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Belo Horizonte: Saraiva S/A – Livreiros e Editores, 1982; TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. São Paulo: Martins Fontes, 1996; TOYNBEE, Arnold. **A Sociedade do Futuro**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973; TOWNSEND, Harvey Gates. **Philosophical Ideas in the United States**. New York: American Books Company, 1934; TRÍAS, Eugenio. **Filosofia del Futuro**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1983; TRIBE, Laurence H., DORF, Michael G. **On Reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1992; TRIGEAUD, Jean-Marc. **Essais de Philosophie du Droit**. Genova: Studio Editoriale di Cultura, 1987; TUBENCHLAK, James. **Teoria do Crime – O estudo do crime através de suas divisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1978; TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. São Paulo:

Editora Saraiva, 1993; TUMÁNOV, Vladimír. **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**. Lisboa: Editorial Caminho, 1985; UNGER, Roberto Mangabeira. **Conhecimento & Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1978; VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como Advogado. Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; VARELA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual de setores emergentes**. São Paulo: Editora Atlas, 1996; VÁSQUEZ, Adolfo Sanches. **Filosofia da Práxis**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986; VEDEL, George. **Justiça e Direito**. Rio de Janeiro: Salvat Editora do Brasil, S.A., 1979; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994; VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bolonia: Publicaciones Del Real Colégio de Espana, 1975; VERNENGO, Roberto J. **La naturaleza del conocimiento jurídico**. Buenos Aires: Cooperadora del Derecho y Ciencias Sociales, 1973; VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Madri: Taurus Ediciones, S.A., 1963; VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e Linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 1996; VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: edição OAB-PE, 1985; **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976; VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito. Definições e Fins do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977; XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito (Linguagem Forense)**. Rio de Janeiro: Forense, 1981; WALZER, Michael. **Das obrigações políticas. Ensaio sobre Desobediência, Guerra e Cidadania**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977; WALKER, Ralph. **Kant - Kant e a Lei Moral**. São Paulo: Editora UNESP, 1999; WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 14ª edição, São Paulo: Editora Pioneira, 1999; **Essays in Sociology**. Second edition, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc. and The University of Chicago, 1990; WEFFORT, Francisco (Org.) **Os Clássicos da Política. Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx**. 2º volume. São Paulo: Ática, 1989; WEIL, Eric. **Filosofia Política**. São Paulo: Edições Loyola, 1990; WEINBERG, Andrew D. **Liberdade e Garantias. A Declaração de Direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1965; WELLEK, René, WARREN, Austin. **Teoria da Literatura**. 2ª edição, Lisboa: Publicações Europa-América, s/d; WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural e justicia material**. Segunda edición, Madri: Aguilar, 1977; WHEARE, K. C. **Las Constituciones modernas**. Segunda edición, Barcelona: Editorial Labor, 1975; WHITROW, G. J. **O Tempo na História. Concepções do tempo da Pré-História aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993; WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967; WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logio-Philosophicus**. São Paulo: Edusp, 1993; **Investigações Filosóficas**. s/l, s/e, s/d; WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001; **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994; WREN, Brian. **Educação para a Justiça**. São Paulo: Edições Loyola, 1979; ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 1996.

Artigos/Ensaio:

ALVES, J. A. Lindgren. **Cidadania, Direitos Humanos e Globalização**. Rio de

Janeiro: Cidadania e Justiça, ano 3, nº 7, 2º semestre, 1999; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Revisão dogmática do Direito Processual Civil. Alguns aspectos decorrentes dessa reelaboração.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 3, janeiro a março, 1967, pp. 155/165; **O Estado-de-Direito e a função jurisdicional.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 1, janeiro a julho, 1966, pp. 199/243; ASSIS, Araken de. **Sobre o método em Processo Civil.** Porto Alegre: AJURIS, nº 39, s/d; AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Juiz e Direito rumo a uma hermenêutica material.** Porto Alegre: AJURIS, nº 43, ano XV, julho, 1988, pp. 30/4; **Permanência e relevância do Direito Natural. O justo natural aristotélico.** João Pessoa: Comunicação enviada ao III Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social, 17 a 23 de julho de 1988; BARBI, Celso Agrícola. **Proteção processual dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: AJURIS, nº 43, ano XV, julho, 1988, pp. 137/154; BASTOS, Celso. **Hermenêutica constitucional.** Brasília: Revista Informação legislativa, ano 24, nº 96, out/dez, 1987, pp. 53/56; BASTOS, Aurélio Wander. **Poder Judiciário e crise social.** Porto Alegre: AJURIS, nº 43, ano XV, julho, 1988, pp. 214/238; **A relação jurídica. A redução normativa das relações sociais.** Porto Alegre: AJURIS, nº 48, março, 1990; BECKER, Laércio Alexandre. **Sobre a incerteza e o conteúdo ético do Processo Civil.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 27, dezembro de 1999 a Março de 2000, pp. 201/223; BENZ, Paulo André. **A mercearia da esquina, a economia globalizada e a legitimidade do poder.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, Abril a Julho de 1999, Bauru, p. 141-156; BERTOCCHI, Aido F. **O juiz e seu poder criador.** Porto Alegre: AJURIS, nº 48, ano XVII, março, 1990, pp. 202/211; BESTER, Gisela Maria. **Estado-nação, soberania popular e poder constituinte originário frente ao processo globalizador.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 26, agosto a novembro, 1999, pp. 53/70; BUZAID, Alfredo. **Uniformização da jurisprudência.** Porto Alegre: AJURIS, nº 34, Ano XII, Julho, 1985, pp. 189/217; CAPELOTTO, Paulo Luís. **The United Sates commercial law under a civil lawyer vision (a comparative study).** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 26, agosto a novembro, 1999, pp. 239/254; CAPPELLETTI, Mauro. **Tutela dos interesses difusos.** Porto Alegre: AJURIS, nº 33, ano XII, março, 1985, pp. 169/182; CARLIN, Volnei Ivo. **A Justiça e a Mídia.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 23, agosto a novembro de 1998, pp. 23/29; CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **A justiça do pobre.** Porto Alegre: AJURIS, nº 25, ano IX, julho, 1982, pp. 68/74; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Jurista orgânico: uma contribuição.** Porto Alegre: AJURIS, nº 42, ano XV, março, 1988, pp. 87/106; CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. **Uma reforma cultural.** Rio de Janeiro: Cidadania e Justiça, ano 3, nº 7, 2º semestre, 1999; CASTRO, Torquato de. **Causalidade jurídica no Direito Romano.** Recife: Série Monografias, Cadernos OAB-PE, 1983, pp. 57/58; CAVALCANTI, Laplace Nunes. **O Discurso Jurídico.** João Pessoa: Dissertação de Mestrado em Letras, UFPB, 1983, policopiado; COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais no Estado moderno.** Porto Alegre: AJURIS, nº 37, ano XIII, julho, 1986, pp. 189/202; COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no Sistema Civil francês e no Sistema Civil brasileiro.** Porto Alegre: AJURIS, nº 45, ano XVI, março, 1989, pp. 212/244; CRETELLA

JUNIOR, J. **Esquemas privatísticos no Direito Administrativo**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 24, nº 96, out/dez, 1987, pp. 253/262; **Teoria do ato de governo**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 24, nº 95, jul/set, 1987, pp. 73/84; CUNHA, Fernando Whitaker da. **A evolução constitucional portuguesa e suas relações com a brasileira**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 24, nº 96, out/dez, 1987, pp. 113/120; DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Direito e globalização**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 23, agosto a novembro, 1998, pp. 17/21; DANESE, Sérgio França. **Os novos Estados como novos atores nas relações internacionais**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 24, nº 94, abr/jun, 1987, pp. 121/134; DIAS, Maria Berenice. **Observações sobre o conceito de pretensão**. Porto Alegre: AJURIS, nº 35, ano XII, novembro, 1985, pp. 84/96; DIAS, Sérgio Novais. **A competência para julgamento de mandados de segurança contra atos de tribunais e de seus membros – uma proposta de revisão constitucional**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, nº 46, jul/ago, 1992, pp. 325-331; FEITOSA, Raymundo Juliano. **A constituição financeira como questão crucial do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2001, pp. 119/131; FERNANDES, Iara de Toledo. **A advocacia pública do processo civil**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 23, agosto a novembro, 1998, pp. 61/99; FERNANDO, Ítalo. **E-gov muda as relações entre Estado e o cidadão**. Recife: Gazeta do Nordeste, Economí@ Digital, 02.07.2001, p.1; FERREIRA, Petrucio. **Judiciário e cidadania**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 129/140; FERREIRA, Pinto. **Pontes de Miranda**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 18, nº 69, jan/mar, 1981, pp. 203/228; FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Categorias objetais – localização ôntica do objeto jurídico**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 20, dezembro a Março, 1998, pp. 149/173; FREITAS, Juarez. **Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser**. Porto Alegre: AJURIS, nº 40, ano XIV, julho, 1987, pp. 39/52; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Posicionamento da teoria da justiça na filosofia do Direito**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 77/94; GESSINGER, Ruy Armando. **Da linguagem nos atos da justiça**. Porto Alegre: AJURIS, nº 24, ano IX, março, 1982, pp. 176/178; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Porto Alegre: AJURIS, nº 30, ano XI, março, 1984, pp. 72/99; GROTTI, Dinatorá Adelaide Musetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 24, dezembro a março, 1999, pp. 61/115; HASSEMER, Winfried. **O sistema do direito e a codificação - a vinculação do juiz à lei**. Porto Alegre: AJURIS, nº 36, ano XIII, março, 1986, pp. 180/197; JAPPUR, José. **O mérito do ato administrativo perante o Judiciário**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 22, nº 85, jan/mar, 985, pp. 335/342; KOZICKI, Katya. **Semiologia jurídica: da semiologia política à semiologia do desejo**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 63/75; KURTZ, Robert. **A comercialização da alma**. São Paulo: Folha de São Paulo, Mais, 12.08.2000, p. 6; LIMA, Alcides de Mendonça. **Ação transmissível**. Porto Alegre: AJURIS, nº 36, ano XIII, março, 1986, pp. 146/151; LIMA, Roberto Kant de. **Acesso ao saber**

na cultura jurídica do Brasil e dos EUA. Rio de Janeiro: Cidadania e Justiça, ano 3, nº 6, 1º semestre, 1999; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Direito de informação.** Revista Informação Legislativa, ano 17, nº 67, 1989, pp. 147/198; LODI, João Bosco. **Ética a serviço da imagem.** São Paulo: Gazeta Mercantil, 03.04.2000; LUNA FREIRE, Alexandre Costa de. **O descompasso da ciência jurídica frente à sociedade interativa.** São Paulo: IOB 65/97, 11.09.1997; **Ato administrativo e novos paradigmas sociais.** São Paulo: IOB 50/97, julho de 1997; **Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.** São Paulo: IOB, 2-3 ID, 75/98, 26.10.1998; **Incursões na subjetividade e identidade no raciocínio judiciário.** João Pessoa: Revista do IESP, nº 1, vol. I, 2000, pp. 36/53; **Hermenêutica do Direito Eleitoral.** João Pessoa: Revista de Julgados do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, vol. único, nº 5, 2001, pp. 23/50; **Aspectos penais no constitucionalismo americano.** Brasília: Revista da AJUFE, nº 51, ago/set, 1996; **O Judiciary Act of 1789 e as origens da Justiça Federal.** Brasília: Revista da AJUFE, nº 50, jun/jul, 1996, pp. 54/55; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Globalização e direito do consumidor.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 26, agosto a novembro, 1999, pp. 37/51; MACHADO, Hugo de Brito. **O processualismo e o desempenho do Poder Judiciário.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 20, dezembro a março, 1998, pp. 31/44; MACKENNA, Regis. **A revolução da informação fortalece os consumidores.** São Paulo: Folha Management, nº 2, 21.08.1995; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **As garantias dos direitos fundamentais.** Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 31, nº 122, mai/jul, 1994, pp. 41/46; MARCATO, Antônio Carlos. **Breves considerações sobre jurisdição e competência.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 20, dezembro a março, 1998, pp. 13/30; MARQUES, Cláudia Lima. **A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa.** Rio de Janeiro: Cidadania e Justiça, ano 3, nº 6, 1º semestre, 1999; MARQUES, Paulo. **Lógica Matemática.** I e III. File://A:/TERRA-Matemática-arquivos/arq 1-2. htm; **Relações Binárias.** File: File://A:/TERRA-Matemática 5-arquivos/arq 1-5. htm; **Conjuntos.** File: File://A:/TERRA-Matemática 2-arquivos/arq 1-1. htm; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988.** Presidente Prudente: Revista Intertemas, ano 3, vol. 4, maio, 2001, pp. 115/142; **A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro.** Presidente Prudente: Revista Intertemas, ano 2, vol. 2, maio, 2000, pp. 157/184; MEDEIROS FILHO, Benedito Cabral de. **A economia normativa e o direito econômico.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 27, dezembro a março, 2000, pp. 453/460; MELO FILHO, Álvaro. **Ensino jurídico e o problema da verdade.** Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 18, nº 72, out/dez, 1981, pp. 343/348; MENDES, Rômulo de Araújo. **Autos virtuais.** Brasília: Correio Brasiliense, Direito e Justiça, 08.10.2001, p. 3; MONTORO, Franco. **Uma visão crítica do Direito.** Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 18, nº 72, out/dez, 1981, pp. 5/12; **Estrutura lógica das normas jurídicas.** Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 18, nº 69, jan/mar, 1981, pp. 5/14; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil.** Porto Alegre: AJURIS, nº 34, ano XII, julho, 1985, pp. 114/128; **O futuro da Justiça: alguns mitos.** Rio de Janeiro:

Cidadania e Justiça, ano 4, nº 8, 1º semestre, 2000; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Metodologia constitucional**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 23, nº 91, jul/set, 1986, pp. 63/112; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, PRADO, Ney. **Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 24, nº 96, out/dez, 1987, pp. 121/138; MOURA, Magno Alexandre F. **A contribuição de Pontes de Miranda ao pensamento jurídico (103 anos de nascimento de um gênio alagoano)**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, nº 69, mai/jun, 1996, pp. 372/398; MOURA, Mário Aguiar. **As condições da ação em face da coisa julgada**. Porto Alegre: AJURIS, nº 24, ano IX, março, 1982, pp. 189/195; NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A incidência da norma jurídica e o fato jurídico**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 21, nº 84, out/dez, 1984, pp. 267/284; NÓBREGA, J. Flóscolo da. **O Homem-Massa**. João Pessoa: A União, 08.07.1945; NOGUEIRA, Rubem. **Concepção ampla do “habeas corpus” antecipa o mandado de segurança**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 21, nº 84, out/dez, 1984, pp. 133/145; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual**. Porto Alegre: AJURIS, nº 33, ano XII, março, 1985, pp. 79/85; PASQUALINI, Alexandre. **Reflexões para uma tese sobre o público e o privado**. Porto Alegre: AJURIS, nº 45, ano XVI, março, 1989, pp. 43/62; PAULA, Edycléa Tavares Nogueira de. **Pontes de Miranda: Perfil de um cientista**. Brasília: Revista da Procuradoria Geral da República, nº 1, s/d., pp. 153/156; PAZ, Octavio. **A experiência da liberdade**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 14.10.1990, p. 2; PITAS, José. **Há um fundamento lógico na ética?** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 363/366; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Legitimidade extraordinária e sua abrangência**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 157/214; PRATA, Edson. **Crise do processo**. Porto Alegre: AJURIS, nº 46, ano XVI, julho, 1989, pp. 53-70; RAMALHETE, Clovis. **Pontes de Miranda, teórico do Direito**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 25, nº 97, jan/mar, 1988; REIS, Palhares Moreira. **O consentimento ao poder**. Brasília: Correio Brasiliense, Direito e Justiça, 27.07.1998, p. 5; RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Judiciário como poder político no século XXI**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 26, agosto a novembro, 1999, pp. 19/35; ROENICK, Henrique Osvaldo Poeta. **Da necessidade de uma visão crítica do Direito**. Porto Alegre: AJURIS, nº 44, ano XV, novembro, 1988, pp. 153/165; SALDANHA, Nelson. **Espaço e tempo na concepção do Direito de Pontes de Miranda**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 25, nº 97, jan/mar, 1988; SAMPAIO, Nelson de Souza. **A positivação das normas de conduta como demonstração da subjetivação dos valores**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 19, nº 73, jan/mar, 1982, pp. 101/106; **A política constitucional para o Brasil do século XXI**. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 18, nº 71, jul/set, 1981, pp. 5/21; SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz**. Porto Alegre: AJURIS, nº 44, ano XV, novembro, 1988, pp. 58/66; SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. **Questão de direito e julgamento em tese**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 22, agosto a novembro, 1998, pp. 223/234; SILVA, Clóvis do Couto e. **A teoria das ações em Pontes de Miranda**. Porto Alegre: AJURIS, nº 43, ano XV, julho, 1988, pp. 69/78; **O Direito Civil brasileiro**

tuado – e à falta de tradução de suas obras, como o Sistema⁴⁷. No Processo Civil – para não falar no pouco lido, embora a fundo es-

em perspectiva histórica e visão de futuro. Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 25, nº 97, jan/mar, 1988, pp. 163/180; SILVA, Justino Adriano F. da. **Teoria geral da ação.** Porto Alegre: AJURIS, nº 33, ano XII, março, 1985, pp. 114/121; SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Sociologia do Direito - método sociológico e direito.** Porto Alegre: AJURIS, nº 46, ano XVI, julho, 1989, pp. 130/136; SILVA, Ovídio A. Batista da. **Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação.** Porto Alegre: AJURIS, nº 29, ano X, novembro, 1983, pp. 99/126; SÓCRATES, Renato. **Limites dos direitos fundamentais.** Brasília: Correio Brasiliense, Direito e Justiça, 13.06.1994, p. 6; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz.** Porto Alegre: AJURIS, nº 36, ano XIII, março, 1986, pp. 36/52; SOUZA, Gelson Amaro de. **Anotações sobre a lide no Processo Civil brasileiro.** Porto Alegre: AJURIS, nº 36, ano XIII, março, 1986, pp. 133/141; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Processo Civil na nova Constituição.** Porto Alegre: AJURIS, nº 44, ano XV, novembro, 1988, pp. 86/95; **A reforma processual.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 15, agosto a novembro, 1996, pp. 21/23; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do Direito Processual Civil.** Porto Alegre: AJURIS, nº 34, ano XII, julho, 1985, pp. 161/184; **Tutela jurisdicional cautelar.** Porto Alegre: AJURIS, nº 32, ano XI, novembro, 1984, pp. 7/32; TOURINHO NETO, Fernando. **A linguagem forense e o formalismo.** Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, agosto, 1994; TRINDINNICK, André Felipe Alves da Costa. **A internet e a liberdade de expressão.** Rio de Janeiro: Cidadania e Justiça, ano 3, nº 7, 2º semestre, 1999; VALLADÃO, Haroldo. **O judicialismo republicano e sua realização através da doutrina brasileira do “habeas corpus”.** Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 17, nº 67, jul/set, 1980, pp. 127/146; VELLOSO, Paulo Boeckel. **O processo civil na ‘Common Law’.** Porto Alegre: AJURIS, nº 30, ano XI, março, 1984, pp. 07/48; WALD, Arnoldo. **O direito da crise.** Brasília: Revista Informação Legislativa, ano 21, nº 82, abr/jun, 984, pp. 83/86; WENDPAP, Friedmann Anderson. **Vantagens processuais dos entes públicos e estado de direito.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 33/36; WOLKMER, Antônio Carlos. **Aspectos ideológicos na criação jurisprudencial do Direito.** Porto Alegre: AJURIS, nº 34, ano XII, julho, 1985, pp. 92/102; **Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no Direito.** Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 25, abril a julho, 1999, pp. 95/104; ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos.** Brasília: Revista AJUFE, out/dez, 1994, pp. 24/36; **IV CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO. Em homenagem a Miguel Reale. Conferências.** João Pessoa: Governo do Estado da Paraíba, 9 a 15 de dezembro de 1990.

⁴⁷ Vejam-se extratos das correspondências encontradas na abertura da obra de autores como Roscoe Pound e Zittelman.

tudado⁴⁸ -, revelaram-se outros eminentes processualistas que construíram a ciência processual brasileira.

Forçoso é concluir esta proposta de forma – plana e prospectiva – meramente investigativa, movida com o intuito de caracterizar o pensamento de Pontes de Miranda, não como um mero “levantamento” bio-bibliográfico como efetivamente parece, à primeira vista, mas com o intuito perseverante de extrair das obras indicadas – e talvez, se possível, materialmente “recuperar” as demais obras (entre raras e esgotadas) a serem “acrescidas” ao Roteiro -, e inseri-las no campo da investigação. O estudo realmente pretende extrair a “matéria” tratada por Pontes de Miranda, traçar o perfil e características do “pensamento”, e laborar a sua inserção no contexto do pensamento filosófico e jurídico do século em que viveu e operou, estabelecendo paralelos e aproximações com a contribuição que forneceu ao Direito e ao Conhecimento. O Sistema Jurídico que construiu revelou-se extenso e profundo. Resta-nos procurar evidenciar a sua importância e contextualização diante de outras contribuições, com os nomes citados, e outros tantos quantos necessários.

⁴⁸ Entre os maiores estudiosos, Lourival Villanova, Djacyr Meneses, Alcides Bezerra, compreende-se o alcance do pensamento científico de Pontes de Miranda.

A TEORIA PURA DO DIREITO. GÊNESE, IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE. BREVES APONTAMENTOS.

João Bosco Medeiros de Sousa*

DO INSTITUTO BRASILEIRO DE FILOSOFIA (SP).

Hans Kelsen (Praga, então Império Austro-Húngaro, hoje República Tcheca, 11/outubro/1881 – Berkeley, Califórnia, USA, 19/abril/1973) concebeu uma teoria **pura** do Direito, que fez publicar (1934) com o título original de **Reine Rechtslehre** e à qual deu versão definitiva um quarto de século depois. Essa teoria, conhecida também como **normativismo jurídico/racionalismo dogmático** e **Escola de Viena**, de inquestionável valor científico, fez o autor firmar-se como o mais importante jusfilósofo do século passado e o brilho de sua teoria ilumina até hoje as reflexões dos pensadores do Direito.

Atuante jurista, HK foi redator (1918/1919) da vigente Constituição da República da Áustria, juiz do Tribunal Constitucional daquele país (1920/1929), professor universitário (Viena, Colônia, Genebra, Praga, Harvard e Berkeley), além de pesquisador, especialmente nas áreas da filosofia do Direito e da filosofia política. HK foi, portanto, legítimo operador do Direito e na multiplicidade das atividades que desempenhou auferiu a experiência indispensável à condição de filósofo do Direito.

Com efeito, aconteceu de HK, etnicamente um judeu de cultura alemã, ter sido educado em Viena, para onde se transferiu ainda criança, com a família, e em cuja Faculdade de Direito graduou-se (1906), foi **Privatdozent** (1911) e professor (1918). Viveu os esplendores da Viena **fin-de-siècle** e, resultado da Primeira Guerra Mundial, assistiu a derrocada do Império Austro-Húngaro e de seu arcabouço jurídico-político plurinacional, consolidado ao longo da dinastia Habsburgo. Integrou o famoso Círculo de Viena, grupo de intelectuais congregado (1929/1937) em torno de Moritz Schlick

* Juiz Federal (PB). Bacharel (UFRN) e Mestre (UFPE) em Direito.

e do qual fizeram parte, entre outros, Ludwig Wittgenstein, Paul Carnap, Rudolf Carnap, Kurt Gödel e Otto Neurath.

Mais tarde, viu-se destituído (1929) das funções vitalícias de juiz do Tribunal Constitucional, por força de emenda à Constituição, de inspiração fascista, que atingiu igualmente os seus pares naquele Tribunal. Em seguida, mudou-se para a Alemanha onde assistiu o fim da República de Weimar e permaneceu até pouco depois de o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, dito Partido Nazista, assumir o poder (1933). Posteriormente morou na Suíça e, de lá, com o mesmo fim, retornou para a sua Praga natal (1938). Dali, emigrou para os Estados Unidos (1940), onde foi preponderantemente um **scholar** e permaneceu até falecer (1973).

HK viveu, assim, em período de fundamental importância para a história do ocidente – e da sua cultura, por extensão –, englobando duas Guerras Mundiais (1914/1918 e 1939/1945) e sensíveis mudanças decorrentes da redefinição geopolítica e dos ordenamentos jurídicos dos países centro e leste europeus. Isso tudo, vale frisar, no coração da Europa, berço do Direito ocidental.

2. É tido por neokantiano, especialmente por haver fundamentado a sua teoria **pura** do Direito, à maneira kantiana, na diferenciação sujeito/objeto do conhecimento e na distinção ser (**Sein**) dever-ser (**Sollen**). Situando o Direito nessa última categoria, percebeu-o como ciência exclusivamente normativa. Daí dizer **pura**, referindo-se à sua teoria do Direito, porquanto via o Direito formado apenas por normas (= direito positivo). No pensamento kelseniano, o Direito é ciência normativa, sendo sua fonte apenas e tão-somente a norma legislada (=direito positivo), repellido assim o jusnaturalismo, à época bastante prestigiado. Dessa forma, conforme o próprio HK,

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhe-

cer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

(...) De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito.”¹

A **volta a Kant** preconizada pelo **Neukantianismus**, que interpretou criticamente a filosofia e que por uma das suas vertentes mais significativas, a epistemológica da escola de Marburgo, cujo líder foi Paul Natorp (1854/1924), privilegiou a teoria da ciência e a problemática do conhecimento, teve impacto sobre o pensamento de HK. Mas, não é certo tenha havido, de parte do mesmo HK, simples transposição ou adaptação ao Direito do pensamento de Immanuel Kant (Königsberg, Prússia Oriental, hoje Rússia, 1724/1804); na verdade, valendo-se das bases do magistério de Kant, no tocante à teoria do conhecimento que fez incidir sobre o direito e seu objeto, HK construiu o seu quase-sistema, ou melhor, uma teoria própria, preocupado que estava com a pouca definição conceitual do direito relativamente a outras ciências (=disciplinas). Com isso procurou evitar o que chamou de sincretismo metodológico.

¹ Teoria Pura do Direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado; preparação do original Márcio Della Rosa]. — 4ª ed. — São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 1/2.

Positivista jurídico – e não positivista filosófico, no sentido de Auguste Comte, convindo sempre adjetivar assim o positivismo kelseniano, posto não conceber a resolução de problemas morais e/ou políticos através da ciência –, neokantiano e adversário declarado² do direito natural, para quem constitui apenas moral sob a forma de simples regras de convivência destituídas de coercibilidade, HK propôs uma Ciência do Direito baseada em norma(s) jurídica(s) como imperativo hipotético/heterônimo dependente da força (de coação) do Estado; as normas jurídicas adquiriram, assim, real eficácia, daí a equivalência conceitual entre **Rechtsstaat** e **Staatsrecht**, direito e Estado constituindo uma só realidade.

Assim, o direito é ciência normativa porque tem as normas por objeto e não simplesmente porque as enuncie ou estabeleça. Então, haver a necessidade de uma teoria **pura** (porque expurgada, ou purificada, de sincretismo metodológico e de indenização ideológica) do Direito e nunca de uma teoria do Direito puro, donde a importância de repisar a natureza normativa da Ciência do Direito, traduzida no dever-ser, sobre o qual o próprio HK assim lecionou³:

“A norma é a expressão da idéia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. Nada é dito pela norma sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão. A afirmação de que um indivíduo ‘deve’ se conduzir de certo modo significa que essa conduta está prescrita por uma norma – ela pode ser uma norma moral, jurídica ou de algum outro tipo. **O ‘dever-ser’ simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma. Tudo o que podemos fazer para descrever esse sentido é dizer que ele é diferente do sentido em que dizemos que um**

² Teoria Geral do Direito e do Estado / Hans Kelsen; [tradução Luis Carlos Borges]. - 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 16/20.

³ Teoria Geral do Direito e do Estado / idem, pp. 40/41.

indivíduo efetivamente se conduz de certo modo, que algo de fato ocorre ou existe. Um enunciado no sentido de que algo deve ocorrer é uma afirmação sobre a existência e o conteúdo de uma norma, não uma afirmação sobre a realidade natural, i.e, eventos concretos na natureza.” (Os grifos não são do original).

Na teoria **pura** do Direito não há lugar para o direito natural. Sua intolerância ao jusnaturalismo fê-lo afastar-se, nesse particular, de Kant ⁴. Esse **afastamento** decorrente da não aceitação do jusnaturalismo, é de fundamental importância para entender-se a **pureza** metodológica buscada por HK. Sim, porque se admitisse o jusnaturalismo HK estaria aceitando, na Ciência do Direito, elementos metajurídicos, não oriundos de norma (=direito positivo), e, via de conseqüência, não originados do Estado.

Nesse sentido, a importância da teoria **pura** decorre da independência epistemológica da Ciência do Direito, conseqüência da própria pureza que pregou. Sim, porque não sendo ciência natural, o Direito tampouco é ciência social empírica.

3. A teoria **pura** do Direito constitui efetivo divisor de águas na filosofia do Direito, de tal modo que é possível falar-se desse campo do conhecimento antes e depois de HK. Como toda elaboração intelectual de peso, sofreu muitas objeções e o próprio HK as registrou no já mencionado Prefácio à primeira edição da **Reine Rechtslehre**, redigida em 1934, em meio à efervescência política européia, nos seguintes termos:

“Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com o da escolás-

⁴ Dicionário dos Filósofos / Denis Huisman. – São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 562.

tica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, pureza.”⁵

São por demais conhecidas críticas segundo as quais a teoria **pura** do Direito é capaz de justificar até mesmo ditaduras e totalitarismos dos mais dos mais diversos matizes, o que não é correto. Não é certo, tampouco, cogitar-se de “amoralismo kelseniano”⁶ ou, em outras palavras, de “amoralização lógico-técnica de Hans Kelsen”⁷, porque na verdade o desejado por HK foi purificar – vale repetir – o Direito dos chamados elementos metajurídicos que o integravam à época. Nada além disso.

A tese de HK evoluiu e continua sujeita a alterações, conforme é possível constatar da leitura comparativa dos prefácios à primeira (1934) e à segunda (1959) edições do **Reine Rechtslehre**; a propósito, do último desses prefácios consta que:

“Em face da multiplicidade de conteúdo dos ordenamentos jurídicos positivos, em constante aumento com o decorrer da evolução, uma teoria geral do Direito corre sempre o risco de não abranger todos os fenômenos jurídicos nos conceitos jurídicos fundamentais por ela definidos. Muitos destes conceitos podem revelar-se demasiado estreitos, outros demasiados latos. Estou plenamente convencido deste perigo ao fazer a presente tentativa e, por isso,

⁵ Teoria Pura do Direito / idem, p. XVIII.

⁶ Teoria Pura do Direito / idem, p. XVIII.

⁷ Relações entre a Igreja e o Estado / Rafael Cifuentes [apresentação D. Eugênio de Araújo Sales]. – 2ª ed. – Rio de Janeiro : José Olympio, 1989, pp. 176/178.

agradeceria sinceramente toda a crítica que sob este aspecto me seja feita”⁸.

A atualidade da teoria **pura** do Direito é uma evidência, devendo naturalmente ser adaptada aos novos tempos, seus valores e realidades. Com certeza, o século há pouco iniciado reserva-lhe lugar de especial destaque. Ser e dever-ser continuarão valores distintos e é imperioso lembrar que HK “foi um ardoroso defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre insistiu na separação entre o ponto de vista jurídico e o moral e político”⁹. Conseqüentemente, é possível admitir, com o próprio HK, a plenitude do ordenamento jurídico como decorrência da inexistência de lacunas no Direito e entender a crescente importância que deverá ter a Ciência do Direito neste terceiro milênio.

Quanto à teoria **pura** do Direito nos termos em que foi concebida, é de esperar-se dos estudiosos profunda reflexão sobre a possibilidade de essa teoria proporcionar resposta aos muitos problemas da pós-modernidade, nos quais se inclui o conceito de soberania, fundamental no pensamento kelseniano.

BIBLIOGRAFIA

(1) TEORIA PURA DO DIREITO / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado; preparação do original Márcio Della Rosa]. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 1/2.

(2) TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO / Hans Kelsen; [tradução Luis Carlos Borges]. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 16/20.

(3) TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO / idem, pp. 40/41.

(4) DICIONÁRIO DOS FILÓSOFOS / Denis Huisman. – São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 562.

⁸ Compêndio de Introdução à Ciência do Direito / Maria Helena Diniz. 3ª ed. – São Paulo : Saraiva, 1991, p. 105.

⁹ Para entender Kelsen / Fábio Ulhoa Coelho. 2ª ed., São Paulo : Ed. Limonad Ltda., 1996, p. 17.

(5) TEORIA PURA DO DIREITO / idem, p. XVIII.

(6) TEORIA PURA DO DIREITO / idem, p. XVIII.

(7) RELAÇÕES ENTRE A IGREJA E O ESTADO / Rafael Cifuentes [apresentação D. Eugênio de Araújo Sales]. – 2ª ed. – Rio de Janeiro : José Olympio, 1989, pp. 176/178.

(8) COMPÊNDIO DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO / Maria Helena Diniz. 3ª ed. – São Paulo : Saraiva, 1991, p. 105.

(9) PARA ENTENDER KELSEN / Fábio Ulhoa Coelho. 2ª ed., São Paulo : Ed. Limonad Ltda, 1996, p. 17.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Edilson Pereira Nobre Júnior * **

1. Breve introdução: o dever de lealdade perante a Administração Pública. 2. A Lei 8.429/92 e seus antecedentes. 3. Conceito de improbidade administrativa e atos de improbidade. 4. Destinatários da Lei 8.429/92. 5. Sanções. 6. A apuração judicial dos atos de improbidade. 6.1. Legitimidade e rito procedimental. 6.2. Tutela cautelar. 6.3. Competência. 7. Prescrição. 8. Algumas conclusões.

1. BREVE INTRODUÇÃO: O DEVER DE LEALDADE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Uma forte tendência a modelar a ciência jurídica, a partir do final do século XIX, é a da sua aproximação com a moral. Reconheceu-se que os preceitos jurídicos, a despeito de sua coercibilidade, perderiam seu significado e razão de ser caso investissem contra os ditames da moral. A precedência tocou ao direito privado, resultando na doutrina da proscrição do enriquecimento sem causa e do abuso do direito.

O direito público não ficou à margem. Logo incorporou o movimento, exemplificado pela teoria do desvio de poder. Sobre o as-

* Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Visitante do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife – UFPE (mestrado e doutorado). Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Juiz Federal.

** Escrito a consubstanciar exposição realizada pelo autor no Curso de Especialização em Direito, pertencente ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Potiguar, no dia 23 de agosto de 2003, ao qual foram agregados informes posteriores.

sunto, discorreu, em trabalho pioneiro em nossa literatura jurídica, Antônio José Brandão: “Com efeito, o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que êle se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Por outras palavras: o que afeta a juridicidade do ato em que o desvio de poder se concretizar é, principalmente, a imoralidade administrativa que consiste em produzir modificações lícitas da ordem jurídica para atingir fins meta-jurídicos, que não são fins de pública administração”.¹

O transcurso dos anos fez com que a preocupação com as noções morais, no âmbito da Administração Pública, ultrapassas-

¹ Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, v. 25, p. 467, jul./set. 1951. Noutro estudo, precedente à Constituição de 1988, Manoel Franco de Oliveira Sobrinho (As práticas administrativas e o controle da moralidade. In: *Estudos de Direito Público*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1977. p. 195-209) desenvolveu entre nós, como foco no controle dos atos praticados com base em competência discricionária, a noção de moralidade administrativa, ressaltando que esta vai além dos tradicionais contornos do princípio da legalidade para alcançar uma deontologia vinculada a um controle superior. Ao depois do vigente arcabouço constitucional, o tema fora aqui revisitado com salutar envergadura por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992) e Caio Tácito (A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, p. 45-53, out./dez. 1992). No estrangeiro, digna de menção a obra de Jesús González Pérez (*Administración pública e moral*. 1. ed. Madri: Civitas, 1995), para quem a moral possui grande influência no direito administrativo, refletindo-se como pressuposto para o exercício de atividades, causa de isenção de deveres, limite ao exercício de competências e fim da atuação administrativa. Não perder de memória Jaques Moreau (*Droit Administratif*. 1. ed. Paris: Press es Universitaires de France, 1989. p. 351-352), para quem é pacífico que a noção de ordem pública, tal como formulada pelo Ancien Régime e pelo período revolucionário, calcada na tríade segurança, tranqüilidade e salubridade, ampliou-se com o Estado Providência, incluindo os fins mais diversificados, como a satisfação das necessidades coletivas, a proteção das liberdades concretas e o desabrochamento do homem. Desse modo, abrange também a moralidade pública, com vistas a fundar algumas proibições pronunciadas pelas autoridades de polícia, obtendo-se particular projeção, a pretexto exemplificativo, o reconhecimento, pelo Conselho de Estado (rec. 693, de 18-12-59), de poder de censura sobre o caráter imoral de filmes. Diz ser evidente o acréscimo, em prol das múltiplas atividades de polícia especiais, do objeto específico de proteger a decência e os bons costumes.

se a cidadela do desvio de finalidade. A própria idéia de democracia passou a gravitar em torno do crescimento moral da vida pública. Isto porque não é dado esquecer que o Estado pertence aos cidadãos, de maneira que aqueles a quem são delegadas competências de mando na estrutura administrativa não podem desprezar o imperativo democrático que impõe o dever de estar sempre a serviço da coletividade.

Portanto, segue-se que o agente credenciado para atuar em nome do ente estatal, máxime quando exerça competência discricionária, não poderá postergar o lado moral da Administração, cabendo-lhe desempenhar sua tarefa com vistas à obtenção da melhor fórmula para concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos.

A movimentação administrativa orientada pela moral pressupõe, entre outros, valores como a lealdade institucional, a economicidade no manuseio dos recursos públicos, a tomada de decisões com base em critérios objetivos e imparciais, o regime de mérito no acesso à função pública, o combate à corrupção e a adequada prestação de serviços públicos.

Nestas linhas, a investigação voltar-se-á à conduta do agente público perante o aparato institucional administrativo. Recairá naquilo que poderíamos denominar, a despeito da forte variação terminológica na doutrina, de dever de lealdade.

O apelo às lições dos juristas realça tal imperativo. Marcelo Caetano nos fala do dever de probidade, a requerer que o funcionário sirva à “Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”².

² *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. tomo II, p. 749. Analisando minuciosamente, nesta página e na seguinte, o dever de probidade, o lente lusitano aponta as suas manifestações no seguinte: a) guardar com fidelidade e dar o correto destino aos dinheiros, documentos valores ou coisas que receba, ou lhe sejam confiados em razão da função; b) não demonstrar interesse, diretamente ou mediante interposta pessoa, em contrato a ser celebrado com a entidade a que servir; c) não aceitar, por si ou

Por sua vez, Pietro Virga³ alude ao dever de fidelidade (*dovere di fedeltà*), ao conter a obrigação do agente de abster-se de qualquer comportamento que possa ser prejudicial à Administração e de não usar a função para fins pessoais.

Roberto Dromi destaca o dever de ética pública⁴, marcado pela dignidade em atuar de seus empregados e funcionários, principalmente no que concerne ao emprego dos fundos, do patrimônio e dos procedimentos de atuação e decisão governativos.

O estudo da obrigação de lealdade perante a Administração não passou aqui despercebido. José Alfredo de Oliveira Baracho⁵, ao aludir ao dever de probidade, destaca-o como instrumento constitucionalmente integrado na conduta do administrador público, constituindo elemento indispensável à legitimação de seus atos.

Isso sem passar esquecida a consagração, no art. 116, II, da Lei 8.112/90, que delineia o estatuto dos funcionários públicos civis federais, do dever destes em serem leais às instituições a que servirem.

interposta pessoa, dádivas, presentes, qualquer vantagem patrimonial, ou promessa desta, a fim de praticar ato funcional; d) não exigir dos administrados, e não consentir que se exija, quantias ou serviços não legalmente exigidos; e) não fazer negócio lucrativo com o provimento de alguém em cargo público; f) não fazer circular na repartição listas de subscrição, em benefício próprio ou de outros servidores, a fim de recolher donativos dos superiores, dos colegas ou do público; g) não atuar como procurador ou intermediário de outrem junto aos serviços da repartição; h) não aceitar homenagens de subalternos, ou prestadas por particulares com interesses correlativos ao serviço, salvo quando deixar o cargo por motivo de transferência ou aposentadoria; i) adotar conduta de absoluta isenção, procurando sempre atender aos interesses gerais que cumpre realizar e defender.

³ *Diritto Amministrativo – I principi*. 4. ed. Milão: Giuffrè editore, 1995. p. 238.

⁴ *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 384.

⁵ Dever de probidade e o administrador público. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CASTRO E COSTA NETO, Nicolao Dino de; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203. Recentemente, a preocupação voltou à tona através de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (A ética nas funções de Estado. *Fórum Administrativo*, ano 3, n. 28, p. 2.363-2.368, jun. 2003).

A ênfase doutrinária ao dever de portar-se com fidelidade à Administração fez com que vários países adotassem, no seu ordenamento, códigos de ética pública ou funcional. Informador, a esse respeito, Xaime Rodríguez-Arana Muñoz⁶, ao mencionar a existência da compilação de regras nessa matéria na Espanha (Lei de Ética na Administração Pública de 1978), Canadá (Código de Ética) e nos Estados Unidos da América (Princípios de conduta ética para os funcionários do Governo dos Estados Unidos, aprovados pela Ordem Executiva de 12 de abril de 1989)⁷. Na Administração Pública Federal brasileira, por seu turno, temos regulamentação através do Decreto 1.171, de 22-06-94.

A importância dessa introdução se justifica em face da aplicação do instituto da improbidade administrativa encontrar conexão com o encargo funcional de fielmente servir à Administração Pública.

Antes de ingressarmos no exame dos dispositivos da Lei 8.429/92, procederemos à breve retrospectiva histórica de nossa legislação a esse respeito.

2. A LEI 8.429/92 E SEUS ANTECEDENTES.

À elaboração da Lei 8.429/92 precedeu longo caminhar. Recuando-se no tempo, vislumbrava-se na Constituição Imperial de 1824, que se notabilizara por realçar o caráter sagrado e inviolável da pessoa do Imperador (art. 99), a possibilidade, no art. 133, II e VI, de responsabilização dos Ministros de Estado por peita, suborno ou concussão, bem como pela dissipação dos bens públicos.

A Constituição republicana de 1891 não descurou em prever, desde que houvesse a definição em lei especial, de crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade da Administração e a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos (art. 54º, alíneas 6º e 7º), preceitos reproduzidos nas Constituições de 1934 (art. 57, alíneas *f* e

⁶ *Ética na administración pública*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1995. p. 99 e 102)

⁷ A transcrição de parcela relevante desse diploma está na obra citada, p.102-104.

g) e 1937 (art. 85, alínea d).

Ainda durante a vigência da Carta de 1937 foi promulgado o Decreto-lei 3.240, de 08-05-41, dispondo sobre o seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes que impliquem em prejuízo para a Fazenda Pública, exigindo o seu art. 1º a verificação de locupletamento ilícito.

A medida, que poderia recair sobre todos os bens do indiciado, seria decretada pela autoridade judiciária, sem audiência da parte contrária, a requerimento do Ministério Público, desde que presentes indícios veementes de responsabilidade, comunicados ao juiz em segredo de justiça.

A nova ordem instituída pela Constituição de 1946, demais de aludir à possibilidade de crime de responsabilidade presidencial por ofensa à probidade na Administração (art. 89, V)⁸, inseriu, na parte final do art. 141, §31, relativo aos direitos e garantias individuais, autorização para que a lei dispusesse sobre o seqüestro e o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, decorrente de influência ou abuso no exercício de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

A regulamentação do dispositivo constitucional se deu com a Lei 3.164, de 01-06-57, a declarar a sujeição a seqüestro, e conseqüente perda em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo, função, ou emprego público, o qual se verificaria mesmo ante a absolvição ou extinção da punibilidade no júízo criminal.

Complementando tal arcabouço legal, adveio a Lei 3.502, de 21-12-58, frisando que as medidas acima se dariam na hipótese de enriquecimento ilícito.

Em seguida, com o propósito de proteger o patrimônio público diante de atos ilegais e lesivos, foi editada a Lei 4.717/65, responsável pela instituição da ação popular, instituto que alçou realce

⁸ As Constituições de 1967 (art. 84, V), 1969 (art. 82, V) e 1988 (art. 85, V), continuaram a prever a prática, contanto que resultante de definição legal, de crime de responsabilidade do Presidente da República em detrimento da probidade na Administração.

magno com a Constituição de 1967 (art. 150, §31)⁹.

A Constituição de 1988 procurou imprimir ao resguardo da moralidade na Administração tratamento assaz satisfatório. Logo no seu art. 14, § 9º, inserto no Capítulo IV do Título II, dedicado aos direitos políticos, outorgou competência para a lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade, além dos mencionados no seu texto, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato¹⁰.

Um pouco mais à frente, no art. 15, V, coube-lhe a missão precursora de introduzir na ribalta jurídica nacional o instituto da improbidade administrativa, enumerando-o como causa de suspensão dos direitos políticos.

Ao tratar da Administração Pública, no Título III do Capítulo VII, o art. 37, § 4º, da CF, completou os objetivos visados pelo instituto, proclamando: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Integrando os preceitos constitucionais adveio a Lei 8.429, de 02-06-92. O exame desta e de suas principais controvérsias interpretativas será o objetivo primacial deste escrito.

⁹ O instituto persistiu nos textos constitucionais de 1969 (art. 153, §31) e de 1988 (art. 5º, LXXIII).

¹⁰ Previsão idêntica já era encontrada nas Constituições de 1967 (art. 148, II) e 1969 (art. 151, II e IV). À época, tais dispositivos mereceram o comentário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “As inelegibilidades, criadas pela lei devem outrossim ter em vista a defesa do patrimônio público contra os que já se mostraram administradores ímprobos. É justo que se exclua a elegibilidade para os postos de governo dos que já incidiram em faltas que não revelam exação e probidade administrativa” (*Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 570). Linhas adiante, agregou: “O intuito do constituinte é louvável. Quis ele excluir a elegibilidade daqueles cuja vida pregressa foge dos padrões morais da comunidade. É, porém, extremamente delicada a regulamentação do que prescreve o texto em exame”. (*loc. cit.*, p. 571).

3. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ATOS DE IMPROBIDADE.

A primeira dificuldade reside na delimitação semântica do termo improbidade administrativa. De logo, advirta-se que este constitui conceito jurídico indeterminado, a demandar, para a descoberta de seu significado, o recurso aos conceitos de valor e de experiência.

A pesquisa de seu significado comum, portanto, faz-se indispensável. Compulsando-se Caudas Aulete¹¹, tem-se, quanto ao verbete improbidade, cuja origem latina é *improbitas*, o sentido de falta de probidade, ou maldade, malícia ou perversidade. Já quanto à probidade, obtém-se: “1. Retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem público ou privado; 2. Honestidade, pundonor, honradez”¹².

A doutrina fornece exemplo do labor destinado à definição do tema em análise. Flávio Sátiro Fernandes¹³ parte da premissa de que moralidade e probidade administrativas são noções distintas, e de que esta é o gênero do qual aquela é a espécie. Daí a probidade administrativa abranger o princípio da moralidade, o que se pode vislumbrar da maneira como a Lei 8.429/92 define os atos de improbidade, tripartindo-os naqueles que ensejem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública, enunciados no art. 37, *caput*, da Lei Maior, entre os quais está o da moralidade, juntamente com os da legalidade, impessoalidade e publicidade.

Expõe a título de remate: “A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública administra-

¹¹ *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980. v. III, p. 1.924.

¹² *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980. v. IV, p. 2.946.

¹³ Improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, ano 34, p. 102-103, out./dez. 1997.

ção. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa”.¹⁴

Noutra vertente, José Afonso da Silva,¹⁵ ao se defrontar com a inovação constitucional, frisa que a província da imoralidade administrativa é mais ampla do que a da proibidade, entendendo que esta se cuida de uma imoralidade administrativa qualificada, definindo o ímprobo como um devasso da Administração Pública.

Esse ponto de vista granjeou ponderáveis adesões, como se pode notar da pena de Marcelo Figueiredo¹⁶, Aristides Junqueira Alvarenga¹⁷, Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto¹⁸ e José Jairo Gomes¹⁹.

Manifesto-me em prol da última corrente. Não haveria sentido de o Constituinte distinguir a improbidade da moralidade administrativa se não fosse para legar àquela um conteúdo especial. Isto porque a só ofensa à moralidade administrativa já acarretaria as

¹⁴ *Loc. cit.*, p. 103.

¹⁵ *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 337.

¹⁶ Proibidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-22. O entendimento logrou ratificação em trabalho posterior (Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e suas inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 287.).

¹⁷ Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88.

¹⁸ Violação do dever de licitar e a improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 95-96.

¹⁹ Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CASTRO E COSTA NETO, Nicolao Dino de; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 252-253.

conseqüências previstas na Lei 4.717/65, relativas à ação popular, não havendo, portanto, que se criar dois institutos para se alcançar fim idêntico²⁰.

Constitui imperativo lógico o de que a previsão de um bom número de sanções, dotadas de certa gravidade, está centrada na prática de determinada ofensa à moralidade administrativa, capaz de revelar postura desonesta do agente.

Doutro lado, compreender a moralidade como inserida no universo da improbidade administrativa, em virtude da Lei 8.429/92 elencar três categorias de atos ímprobos, mencionando longa tipificação, teria o inconveniente de equiparar a mera ilegalidade à improbidade.

A jurisprudência, numa das primeiras oportunidades em que se defrontara com a necessidade de delineação do significado de improbidade administrativa, fora seduzida pela versão mais estrita, a requerer à configuração daquela laivos de desonestidade na conduta do administrador.

Exemplo disso está no REsp 213.994 – MG,²¹ onde examina a demanda ajuizada pelo Ministério Público contra Prefeito do Município de Itutinga (MG), imputando-lhe violação aos arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, pelo fato de o réu haver, durante a sua gestão, nos anos de 1989 a 1992, admitido, sem a prévia realização de concurso público, as pessoas listadas à inicial.

Acolhido, pela sentença monocrática, o pleito quanto ao art. 11 da Lei 8.429/92, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento a recurso do particular, julgando o pedido improcedente; decisão mantida pelo Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos: “ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE DE PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A

²⁰ Nessa linha, decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 170.768 – 2 – SP (1ª T., ac. un., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13-08-99).

²¹ STJ, 1ª T., ac. un., rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27-09-99.

lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido”.

Há, portanto, a necessidade de uma distinção consistente em saber se o ato questionado tenha ou não ofendido a moralidade administrativa em sua forma qualificada. Havendo fundados indícios da primeira hipótese, cabível para a apuração da conduta o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, fundada na Lei 8.429/92. Diversamente, caso se esteja ante ato que cause lesão ao erário, com ou sem imoralidade administrativa, mas sem o traço da desonestidade, apropriado o manejo da ação popular ou da ação civil pública, para esta última legitimado o Ministério Público, nos termos do art. 129, III, da Lei Maior²².

Outra advertência indispensável concerne à necessidade do juiz, ao examinar as imputações de improbidade que lhe são trazidas, ter em conta a análise do quadro sócio-político, a fim de se convencer da caracterização ou não de ato de improbidade.

De destacar a percepção do Superior Tribunal de Justiça em ação de improbidade, ajuizada pelo Ministério Público do Paraná para apurar violação ao art. 10, III, IX e XI, da Lei 8.429/92, em face do Presidente e do Coordenador da Câmara de Vereadores de Curitiba (PR) haverem gasto, nos exercícios de 1993 e 1994, o montante de R\$ 18.000,00 em passagens de ônibus, distribuídas a pessoas carentes. Mantendo decisório do Tribunal de Justiça, que rechaçara a prática de ato de improbidade, deliberou o Alto Pretório: “ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – CONFIGURAÇÃO E TIPICIDADE: LEI 8.429/92 – SUCUMBÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na tipificação do ato de improbidade administrativa, exige-se do julgador perfeita sintonia com a realida-

²² O reconhecimento da legitimidade do *Parquet* para o ajuizamento de ação civil pública, com vistas à proteção do patrimônio público, constitui ponto pacífico no Superior Tribunal de Justiça (1ª T., m.v., RESP 427.140 – RO, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* de 25-08-03; 1ª T., ac. un., RESP 226.863 – GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 04-09-00, p. 123; 2ª T., ac. un., RESP 149.096 – MG, rel. Min. Peçanha Martins, *DJU* de 30-10-00, p. 138; 2ª T., ac. un., RESP 151.811 – MG, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* de 12-02-01, p. 104). Registre-se o profícuo debate travado no primeiro dos arestos.

de sócio-econômica da realidade brasileira. 2. Em sociedade fortemente marcada pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral, a ponto de configurar-se ato de improbidade, a distribuição de passagens de ônibus a pessoas carentes. 3. Repercussão econômica sem desvios e devidamente aprovada pela Corte de Contas. 4. O Ministério Público não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má-fé. 5. Recurso especial de mérito improvido e provido o recurso em favor do MINISTÉRIO PÚBLICO”.²³

O legislador adotou classificação tripartite dos atos de improbidade. De logo, vieram à baila os atos que importam em enriquecimento ilícito. Adotou-se rol mais completo do que o do art. 2º da Lei 3.502/58²⁴.

²³ RESP 403.599 – PR, 2º T., ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12-05-2003, p. 274.

²⁴ Diz o correspondente dispositivo da Lei 8.429/92: “Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si

A impossibilidade de, nestas curtas linhas, analisar cada um dos tipos, impele-nos a fazer algumas observações genéricas. Inicialmente, é de ter-se em mente, como resulta do art. 9º, *caput*, da Lei 8.429/92, que o ato de improbidade pressupõe a obtenção de vantagem adornada pelas características da patrimonialidade e do indébito.

O qualificativo patrimonial, a meu sentir, impõe que se cuide de vantagem de cunho econômico. A natureza sancionadora do instituto da improbidade administrativa faz com que deva render-se homenagem ao princípio da tipicidade. Sendo assim, não se pode vislumbrar como ato de improbidade, nos termos do art. 9º da Lei 8.429/92, aquele do qual resultou vantagem não econômica. A própria noção de enriquecimento ilícito conduz a este remate.

Não se faz imprescindível que tenha se verificado dano ao patrimônio público. O art. 21, I, da Lei 8.429/92, expressamente afasta essa exigência.

Indevida, por sua vez, é a vantagem que não encontra motivo hábil a justificá-la.

Questionamento interessante é o pertinente ao art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, ao tipificar a conduta de “adquirir, para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

Para José Jairo Gomes²⁵ há uma espécie de inversão do ônus da prova, já que uma vez demonstrada a aquisição do bem de valor desproporcional à evolução patrimonial do réu, a este cumprirá a comprovação da licitude da sua evolução patrimonial.

Diversamente, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto²⁶ propende pela impossibilidade de se cogitar da responsabilização por improbidade administrativa presumida com fundamento na inversão do ônus da prova da acusação, postura que entende colidir com o princípio da presunção de inocência.

Complementando seu entendimento, o autor adita que, embora inadmissível a presunção de improbidade, será suficiente que o promovente da ação comprove: a) a desproporcionalidade entre a evolução do patrimônio do demandado e a aquisição de bens de qualquer natureza; b) a inexistência de outra origem válida e regular que justifique a variação patrimonial impugnada.

Com o devido respeito, manifesto-me favorável ao segundo entendimento. A Lei 8.429/92, ao invés de outros diplomas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, não envolve apenas questões de reparação civil, mas a aplicação de várias penalidades. Forçoso, por isso, a sua vinculação ao postulado da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Lei Básica.

Outra categoria dos atos de improbidade é a que versa sobre os atos que causam prejuízo ao erário²⁷. Em regra, configuram-se

²⁵ Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 268. Parece ser nesse sentido a opinião de George Sarmento (*Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 78), ao frisar que o dispositivo legal estabelece uma presunção *juris tantum*, cujo afastamento dependerá de prova do acusado.

²⁶ Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 351-352. Marcelo Figueiredo (*Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-22), após criticar a infelicidade da formulação legislativa, acentua que a regra não dispensa a necessidade de demonstração, pelo Estado, da ilicitude ou desproporção das aquisições dos bens ou rendas.

²⁷ O rol de tais atos é o seguinte: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa

mediante condutas de que decorram perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429/92. A presença deste elemento do tipo serve para afastar, nessa modalidade, o disposto no art. 21, I, do mesmo diploma. A necessidade de desfalque patrimonial importa em que se tenha prejuízo efetivo aos cofres públicos.

A hipótese de dano moral, segundo penso, somente poderá ser cogitada quando dos atos enumerados no art. 11 da Lei 8.429/

ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”.

92²⁸. Entender diversamente atentaria contra a exigência de tipicidade da conduta, haja vista o *caput* do art. 10 do referido diploma reportar-se unicamente a situações que refletem dano material.

Ponto controvertido deflui da circunstância do art. 10, *caput*, da Lei 8.429/92, reportar-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa. Uma primeira corrente, na qual se inserem Aristides Junqueira Alvarenga²⁹, Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo Rezende Porto Filho³⁰, Mauro Roberto Gomes de Matos³¹ e Pedro da Silva Dinamarco³², defende que a improbidade administrativa pressupõe, para a sua caracterização, a vontade consciente do sujeito ativo em violar o sistema jurídico, sendo incompatível com a modalidade culposa.

Noutra linha de pensar estão José Jairo Gomes³³, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto³⁴ e George Sarmiento³⁵, concebendo a

²⁸ Alicerça a possibilidade de configuração de dano moral, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (2ª T, ac. un., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 244.072 – SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 17-05-02) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 227), sem que se deva passar despercebida a inovação do art. 52 do vigente Código Civil, ao estender às pessoas jurídicas, no que couber, a tutela dos direitos da personalidade.

²⁹ Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 89.

³⁰ Violação do dever de licitar e a improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96.

³¹ Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário – Inconstitucionalidade da expressão culposa do art. 10 da Lei 8.429/92. *Fórum Administrativo – Direito Público*, n. 29, ano 3, p. 2.515-2.520, jul. 2003.

³² Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 334.

³³ Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 268.

³⁴ Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 353-355.

³⁵ *Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 92

possibilidade do legislador gizar ato de improbidade a título de culpa, cabendo ao magistrado, ao instante da imposição das sanções, levar em conta o elemento subjetivo do agente.

Numa posição intermédia se situa Juarez de Freitas³⁶, para quem a improbidade pode ser punida a título de dolo ou de culpa grave.

Posicionando-me diante da quizila, não posso olvidar o conceito de improbidade, retratado por imoralidade administrativa qualificada, onde indissociável a presença de desonestidade. Por esta razão, é imprescindível a vontade deliberada de malferir a ordem jurídica, ou seja, o dolo. A culpa grave não bastaria.

Como conseqüência, mostra-se incompatível com a Constituição a expressão “culposa”, inserta no art. 10, *caput*, da Lei 8.429/92.

Em terceiro lugar, o art. 11 da Lei 8.429/92³⁷ relaciona como de improbidade atos atentatórios aos princípios retores da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que colidam com os postulados balizadores da Administração Pública, cuja enunciação consta do art. 37, *caput*, da Lei Máxima.

Em face tanto do art. 37, *caput*, da Lei Maior, quanto do art. 11,

³⁶ Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 129, ano 33, p. 59, jan./mar. 1996.

³⁷ A enumeração de ditos atos é a seguinte: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

caput, da Lei 8.429/92, reportarem-se ao dever de observância da legalidade, faz preciso advertir que a mera inobservância de dispositivo legal não é capaz de configurar ato de improbidade. Não se pode equiparar, de modo puro e simples, o mero quebrantamento da legalidade com a figura em apreço.

Indispensável que a violação da legalidade esteja acompanhada de deslealdade, ou desonestidade para com o aparato administrativo.

De advertir que a natureza punitiva da Lei 8.429/92 acarreta, como inelutável, a conclusão de que a definição de atos de improbidade, constante dos seus arts. 9º, 10 e 11, é taxativa, não podendo ser utilizada a analogia, ou a interpretação extensiva, para a caracterização de dita figura. O princípio da tipicidade, volto a enfatizar, assim o exige.

Posteriormente, a Lei 10.257, de 10-07-01, aditou outras hipóteses de improbidade em seu art. 52, II a VIII³⁸. Interessante notar que os atos de improbidade em questão são suscetíveis de serem praticados pelo prefeito.

Gostaria de destacar que fora correto o veto presidencial ao inciso I daquela, que considerava de improbidade o fato do prefeito impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, mo-

³⁸ São eles: “Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: I - (VETADO); II - deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4o do art. 8o desta Lei; III - utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; IV - aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei; V - aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1o do art. 33 desta Lei; VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4o do art. 40 desta Lei; VII - deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3o do art. 40 e no art. 50 desta Lei; VIII - adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado”.

vimentos e entidades da sociedade civil, conforme o disposto no §3º do art. 4º do referido diploma legal, relativo ao controle social da aplicação dos recursos públicos.

Assim foi justificado o desacordo do Presidente da República: “Sabe-se que o chamado “controle social dos atos de governo” tem a natureza muito mais política do que jurídica, sendo certo que o seu preciso significado e alcance sempre ensejam controvérsias, de modo a dificultar sobremaneira a sua real efetivação. Resulta, então, que fixar como ato de improbidade a conduta de não garantir o controle social dos gastos públicos, de forma a sancionar os Prefeitos com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e a indisponibilidade de bens em razão daquela conduta, significa incluir no ordenamento legal dispositivo de difícil interpretação e aplicação, em prejuízo da segurança jurídica”.

O art. 52 da Lei 10.257/01 ainda se expõe a outras críticas. A previsão, como de improbidade, nos seus incisos VI e VII, da não revisão decenal do plano diretor e da não garantia da participação popular no processo de elaboração daquele, padece de impropriedade, uma vez a elaboração e revisão do plano diretor ser matéria integrante do processo legislativo, do qual o Prefeito não possui nem mesmo iniciativa privativa, porquanto tal prerrogativa não lhe é conferida pelos arts. 30 e 182, ambos da Constituição Federal.

Doutro lado, o inciso VIII do art. 52 da Lei 10.257/01, ao tipificar a aquisição de imóvel objeto de direito de preempção quando o valor da proposta apresentada for, comprovadamente, superior ao de mercado, é de todo dispensável, haja vista que o art. 10, V, da Lei 8.429/92, sanciona a conduta de “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”.

Uma questão provida de interesse, no que respeita à delimitação dos atos de improbidade, é a suscitada por Rogério José Bento Soares do Nascimento³⁹, ao deduzir que o art. 37, §4º, da Lei Máxima, a despeito de referir-se a atos administrativos, abrange,

³⁹ Improbidade legislativa. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 409-427.

por imperativo implícito, também os atos de produção normativa, inclusive os praticados pelos parlamentares no exercício do mandato. Parte do princípio de que o abuso do poder de legislar, tisnado sob o manto da imoralidade, justifica a aplicação da Lei 8.429/92 aos atos de Estado, quer administrativos, jurisdicionais ou legislativos.

Evoca o autor como exemplos a anistia de multas eleitorais resultante da promulgação da Lei 9.996, de 15-08-00, salientando a existência de ação civil pública, ajuizada em detrimento dos parlamentares do Estado de Goiás que, em causa própria, votaram a favor do correspondente projeto, bem como as medidas provisórias que restringiram a legitimidade para ajuizamento de ação coletiva, visando dificultar a vindicação de diferenças nos saldos das contas vinculadas do FGTS, editadas ao depois de derrota do governo perante o Supremo Tribunal Federal.

A despeito do brilhantismo com que esgrimido tal ponto de vista, penso que este colide com o princípio basilar do direito punitivo, em cujo universo se insere, de modo indubitado, a Lei 8.429/92.

Trata-se da necessidade de expressa tipificação da falta cometida. O art. 37, §4º, ao gizar os contornos do instituto disciplinado pela Lei 8.429/92, aludiu, sem reboços, à improbidade perpetrada no exercício da função administrativa, levada a cabo por agentes públicos de qualquer dos poderes estatais.

Descabe ao Ministério Público e, muito menos, ao julgador, com base em implícito desejo da ordem constitucional, ampliar a província da figura em exame aos atos jurisdicionais e legislativos típicos.

Será bastante perigoso, para não dizer desastroso, que uma figura jurídica que possua idoneidade para acarretar severas sanções possa ter o seu tipo definido ao mero talante de ilimitada retórica interpretativa.

Tenho, no momento, que a improbidade administrativa, de que fala o art. 37, §4º, da CF, haverá de limitar-se ao campo dos atos administrativos.

Os parlamentares submetem, temporariamente, a renovação de seu mandato ao julgamento popular. Doutra lado, esse entendi-

mento, se aceito nos termos da redação atual do art. 37, §4º, da CF, poderia afetar, sensivelmente, a liberdade de conformação ínsita à missão legislativa. Caso a discricionariedade do legislador enverede pela via do excesso, a Constituinte reservou a tarefa de seu controle pela jurisdição constitucional.

Ademais, é de observar-se que, no estágio embrionário, no qual se desenvolve tal ponto de vista, o ajuizamento de ação de improbidade em tais casos, intentada contra aqueles que exercitam a competência constitucional para intervir no processo legislativo, é capaz, em tese, de configurar litigância de má-fé.

4. DESTINATÁRIOS DA LEI 8.429/92.

De início, o art. 1º, *caput*, da Lei 8.429/92, atribui a sujeição às sanções derivadas da improbidade administrativa ao agente público, expressão que compreende todo aquele que está, mediante norma legal, autorizado a expressar a vontade estatal. Não se faz necessário que seja servidor. Há nesse conceito, como bem ensinou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁰, a figura de particulares na execução de função ou serviço público⁴¹.

Faz-se preciso que aquele que integra o gênero agente público venha a praticar ato em detrimento da Administração Direta ou

⁴⁰ *Princípios gerais de direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II, p. 360-369.

⁴¹ Bem mais restrita, a definição de servidor público dos §§1º e 2º do art. 1º da Lei 3.502/58, ao compreender somente as pessoas que exerçam cargos, funções, ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive mandatos eletivos, bem como os dirigentes e empregados de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais. Isso não impediu que o Superior Tribunal de Justiça, no desate do REsp 255.861-SP (1ª T., ac. un., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 22-10-01), acolhesse a compreensão de que o conceito de servidor público, adotado no art. 1º, §2º, da aludida Lei 3.502/58, alcançasse empregados da ELETROPAULO que não ostenta a condição de sociedade de economia mista, malgrado à época dos fatos fosse sociedade anônima cujo acionista majoritário era o Estado de São Paulo. Assentou-se que tal circunstância não afastava os empregados de dita empresa da veneração à moralidade administrativa.

Indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de territórios e ainda de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação o erário haja concorrido, ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

E não é só. Há a possibilidade da prática de ato contra o patrimônio de entidade que seja contemplada com subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou manutenção concorra o erário, ou haja concorrido, com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre o montante da contribuição advida aos cofres públicos.

Como consectário lógico, tem-se que o art. 2º da Lei 8.429/92 ampliou mais ainda a definição doutrinária de agente público, ao reputar com esta qualidade todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º, parágrafo único, do aludido diploma.

Sendo assim, um dirigente de uma sociedade mercantil, mesmo que não se dedique à execução de serviço público, poderá ser considerado agente público para os fins da Lei 8.429/92. Será suficiente apenas que referida empresa venha receber benefício, subvenção ou incentivo, fiscal ou creditício, do Poder Público, e o ato tido como de improbidade guarde liame com o auxílio advindo dos cofres públicos. Assim, um integrante de diretoria ou conselho de administração de uma sociedade anônima, ou dirigente de uma associação civil, poderá perpetrar ato sancionado por aquele diploma legal.

Elucidativa a conclusão a ser inferida do RESP 416.329 – RS⁴², onde a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que hospitais particulares e médicos conveniados com o SUS, além de exercerem função pública delegada, administram verbas públi-

⁴² Ac. un., rel. Min. Luiz Fux, *DJU* de 23-09-02.

cas, podendo ser enquadrados como possíveis sujeitos ativos de atos de improbidade.

Penso apenas que o acórdão, conforme se deduz do voto do relator, não atentou para a restrição constante do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92. Isso porque o particular, ou dirigente de entidade privada, somente perpetra ato de improbidade quando atentar contra o patrimônio de ente que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, ou de pessoa jurídica para cuja criação o erário tenha concorrido com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. E, mesmo assim, a sanção de ordem patrimonial que lhe deva ser imposta haverá de limitar-se ao reflexo do ilícito sobre a contribuição advinda do Poder Público.

De advertir, no entanto, que, à semelhança com o direito penal, o art. 3º da Lei 8.429/92 alude à figura da participação, a qual sujeita às suas sanções, na medida da respectiva culpabilidade, o agente público ou particular que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Não descuro referido diploma de, nas situações de lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito, sujeitar os sucessores do ímprobo às cominações legais até o limite da herança, perfilhando regra incorporada à tradição de nosso sistema jurídico, estando presente tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.587) quanto no atual (arts. 1.792 e 1.821).

Antes de ultimar este tópico, ressalte-se que os atos de improbidade, definidos no art. 52, I a VIII, da Lei 10.257/01, constituem infrações próprias, somente sendo suscetíveis de serem praticados pelo ocupante do cargo de Prefeito. Aos demais agentes públicos envolvidos, segundo declara o pórtico do art. 52, *caput*, do Estatuto da Cidade, são reservadas outras punições. Isso, a meu sentir, não significa excluir-se a possibilidade de participação de terceiros, agentes públicos ou não, decorrente da aplicação da norma geral do art. 3º da Lei 8.429/92.

Interessante, no particular, o comentário de Wallace Paiva Martins Júnior que, ao depois de afirmar a dilatação das situações de improbidade administrativa pelo art. 52 da Lei 10.257/01, con-

clui: “Atribui, também, a responsabilidade do Prefeito pelos atos enumerados, sem obstar a colaboração e participação ou o benefício de terceiros (agentes públicos ou particulares) nos termos da regra geral de responsabilidade por improbidade administrativa dos arts. 2º e 3º da Lei 8.429”⁴³.

5. SANÇÕES.

O Constituinte, no art. 37, §4º, de sua obra, aludiu, como conseqüências da prática da improbidade administrativa, à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública e ao ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

O art. 12 da Lei 8.429/92 manteve ditos efeitos, traçando, no particular da suspensão dos direitos políticos, limites temporais mínimos e máximos conforme a categoria em que insere o ato de improbidade⁴⁴.

O legislador, naquele dispositivo, foi além. Assim, para os atos de improbidade descritos no seu art. 9º, acrescentou a possibilidade de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, de pagamento de multa civil de até três vezes o acréscimo patrimonial e a vedação de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de dez anos.

As mesmas conseqüências foram mantidas para as hipóteses dos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92, manifestando-se apenas diferença de gradação da multa civil, que alcançará até duas vezes o valor do dano, ou até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, respectivamente. Quanto à proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, fiscais ou creditícios, fixou o prazo de cinco e três anos, conforme se trate de ato de improbidade que cause dano ao erário, ou viole princípios da Administração.

⁴³ Estatuto da Cidade e Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 52, ano 25, p. 41, jan./jun. 2002.

⁴⁴ Os limites variam da forma seguinte: a) de oito a dez anos, nas hipóteses do art. 9º; b) de cinco a oito anos, nas situações tipificadas no art. 10; c) de três a cinco anos, nos casos do art. 11.

Alguns questionamentos surgem quanto às sanções da Lei 8.429/92. O primeiro deles reside na incidência do princípio da proporcionalidade. A resposta é, indiscutivelmente, afirmativa. As leis punitivas, bem como as restritivas de direitos, são indissociáveis dos limites da adequação e necessidade. A Lei 8.429/92, no parágrafo único do seu art. 12, contém nota indicativa nesse sentido, ao estatuir que, na fixação das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial auferido pelo agente.

O postulado da proporcionalidade, conforme sistematiza Fábio Medina Osório⁴⁵, ora atua no sentido de excluir o ato ímprobo, ora com o fim ajustar a dosimetria da sanção a ser imposta.

Na primeira hipótese, têm-se situações em que é recusável a caracterização de ato de improbidade em face da insignificância da violação à ordem jurídica. Assim, se determinado servidor desvia, em proveito próprio, algumas folhas de papel timbrado da repartição, a fim de executar tarefa de interesse pessoal, tal comportamento, embora tipificado pela Lei 8.429/92, não justifica qualquer punição, em face do ínfimo valor da lesão sofrida pela Administração.

Não esquecer aqui também que a proporcionalidade possui influência para afastar o ilícito pela adequação da conduta ao contexto social. Há situações em que o servidor tem em sua guarda bem público, com vistas a realizar a sua missão; nada impedindo que, eventualmente, utilize-o em atividade de interesse particular. Por exemplo, um computador destinado ao serviço de determinada repartição, poderá, ocasionalmente, vir a ser utilizado pelo servidor para a realização de um serviço particular, sem que tal fato provoque grave atentado ao interesse público.

Além disso, agrega o autor que a proporcionalidade tem o condão de ajustar a dosimetria das penas a serem aplicadas, pelo que determinada postura, embora típica à luz da Lei 8.429/92, pos-

⁴⁵ Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 29, p. 265-272, 1999.

sa não justificar a imposição cumulativa e integral de todas as sanções legais.

Outro ponto a ser destacado é o da vedação de *bis in idem*. Sem embargo do pórtico do art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92, mencionar que as penas que prevê são aplicáveis independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, o direito fundamental à individualização da pena, assegurado pelo art. 5º, XLVI, da Constituição, impede a dupla punição pelo mesmo fato.

Portanto, se imposta a obrigação de ressarcimento no âmbito civil ou administrativo, impensável que também haja a mesma consequência em ação de improbidade. Igualmente, decretada a demissão do servidor em procedimento disciplinar, não há mais que se falar em aplicação da perda da função pública.

É de se chamar atenção que a Lei 8.443, de 16-07-92, que disciplina a atividade do Tribunal de Contas da União, prevê a possibilidade de aplicação de multa nos seus arts. 57 e 58, I a III, as quais são cabíveis em situações que poderão coincidir com os tipos previstos na Lei 8.429/92. Indaga-se: havendo ao agente sido infligida, mediante decisão irrecorrível do Tribunal de Contas da União, multa com base nos dispositivos indicados, poderia sofrer, igualmente, a imposição de multa civil em ação de improbidade? Sou pela negativa.

Frisa, com propriedade, Enrique Linde Paniagua⁴⁶, que o *non bis in idem* configura um princípio geral do direito que supõe a proibição de duplicidade de sanções administrativa e penal nos casos em que se esteja diante de identidade do sujeito, fato e fundamento.

Abstraindo-se o sujeito e o fato, tem-se que a multa, instituída pela Lei 8.433/92, em virtude de dano ao patrimônio público, não apresenta traço distintivo daquela decorrente de ato de improbidade. A única diferença – e que, nem de longe, não atinge a essência

⁴⁶ El régimen disciplinario de la función pública. In: *El estatuto de la función pública a debate*. Madri: Colex, 2003, p. 193. Coord.: Enrique Linde Paniagua & Joaquín Pérez Vaquero.

de ambas sanções – é que uma delas é aplicada pelo Tribunal de Contas da União e outra, pelo Judiciário.

Desse modo, permitir-se a possibilidade de aplicação da multa civil em ação de improbidade, mesmo já tendo o agente assim sido punido pelo Tribunal de Contas da União, nos termos dos dispositivos legais citados, é o mesmo que conceber que duas punições, dotadas de fundamento comum, sejam aplicadas a um só fato, o que é inaceitável.

Também chama atenção o parágrafo único do art. 137 da Lei 8.112/90, ao proclamar: “Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI”. O mencionado art. 132, IV, por sua vez, giza a cominação de pena demissionária para o caso de cometimento de improbidade administrativa. Surge, pois, a seguinte dúvida: uma vez perdendo a função pública, o ímprobo não mais poderá retornar ao serviço público federal? Mais uma vez, penso que não.

O art. 5º, XLVII, *b*, da CF, proscreeve a possibilidade de penas de caráter perpétuo. Tal garantia constitucional, ao contrário do que se pode supor ao primeiro súbito de olhos, não se circunscreve à província criminal.

Na atualidade, grassa, cada vez com mais consistência, o ponto de vista, construído a partir da consideração de que tanto as sanções penais quanto administrativas são manifestações do *jus puniendi* estatal, não havendo justificativa para tratamento diferenciado, salvo quando a extensão do princípio de direito penal frustrar o objetivo da sanção administrativa.

Essa percepção resulta aclarada pela jurisprudência estrangeira⁴⁷ e também pela percepção de nossos tribunais. Vale, à guisa de paradigma, conferir o decidido pela Primeira Turma do Su-

⁴⁷ É abundante, nessa direção, o Tribunal Constitucional (*Sentencias* de 19 de dezembro de 1991 e de 12 de maio de 1994) e o Tribunal Supremo (entre outras, as *Sentencias* de 26 de fevereiro de 1990, de 04 de julho de 1990, de 27 de fevereiro de 1991, de 08 de março de 1993, de 08 de fevereiro de 1994 e de 23 de abril de 1994) da Espanha.

premo Tribunal Federal no RE 154.134 – SP⁴⁸, oriundo de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Conselho Monetário Nacional, o qual indeferiu a revisão de pena de inabilitação permanente para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras, formulada pelo impetrante.

Entendeu o Pretório Excelso de deferir o pedido, ao entendimento, sugerido pelo parecer ministerial, de que o art. 5º, XLVII, *b*, da Lei Magna, era aplicável ao âmbito administrativo por força da cláusula de direitos e garantias fundamentais implícitos do art. 5º, §2º, do mesmo diploma. Já o voto do Min. Sepúlveda Pertence deixou claro que: "...a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções aplicadas jurisdicionalmente mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida que essas sejam admissíveis no regime constitucional"⁴⁹.

Dessume-se daí violar a Lei Fundamental o parágrafo único do art. 137 da Lei 8.112/90. Deveria o legislador haver perfilhado regra similar à do *caput* do referido dispositivo, ao prescrever que a perda da função pública incompatibilizaria o retorno do ex-servidor para investidura em cargo ou emprego público no interstício de cinco anos.

De assinalar que a pena de proibição temporária de contratar com o Poder Público, ou deste receber incentivo fiscal ou de crédito, não atinge somente o sujeito ativo da improbidade. Vai além deste, alcançando pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Uma imperfeição que, de logo, se lhe aponta é a de que restaram fora da abrangência da penalidade situações em que, mesmo sem ser sócio majoritário, o agente ímprobo possua considerável parcela do capital da empresa que demonstre interesse no recebimento de benefícios estatais. Poderia o legislador ter alargado o raio de ação da norma punitiva, especificando que esta teria aplicação nos casos onde o agente fosse sócio de pessoa jurídica com participação acima de determinado limite, como o percentual

⁴⁸ Ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 171/293.

⁴⁹ RTJ 171/300.

de cinco por cento.

De notar que a extensão dos efeitos de dita penalidade além do agente não afeta a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).

A transposição dos princípios de direito penal às sanções administrativas, conforme acima já se deixou entrever, não é automática, devendo ser recusada toda vez em que não encontrada a compatibilidade da garantia fundamental penal com o procedimento administrativo.

Limitar a sanção em comento à pessoa do agente equivaleria, na prática, a frustrar os seus objetivos, uma vez aquela poder continuar a fruir dos benefícios oriundos do Poder Público sob o pálio protetor de pessoa jurídica.

Não olvidar que a aprovação das contas do agente não impedirá a aplicação, pelo Judiciário, das sanções da Lei 8.429/92, sendo expresse o art. 21, II, desta. É que as decisões dos tribunais de contas são suscetíveis de revisão judicial no aspecto inerente à consideração da conformidade dos atos administrativos com o sistema jurídico⁵⁰.

6. A APURAÇÃO JUDICIAL DOS ATOS DE IMPROBIDADE.

Excluiu-se do presente exame os aspectos inerentes ao procedimento administrativo dos atos de improbidade, sob pena daquele importar no alongamento em demasia deste escrito.

Concentrou-se o foco na ação de improbidade, com investigação descritiva acerca da legitimidade, rito procedimental, tutela cautelar e competência para o seu processo e julgamento, o que será feito nos tópicos abaixo.

6.1. LEGITIMIDADE E RITO PROCEDIMENTAL.

Ao contrário da Lei 3.502/58 (art. 5º), a Lei 8.429/92 não confe-

⁵⁰ Como lembra José Cretella Júnior (*Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 121), são insuscetíveis de verificação judicial apenas as decisões dos tribunais de contas no que tangem à regularidade intrínseca ou exatidão das contas apreciadas.

re legitimidade para ativar a jurisdição apenas à pessoa jurídica interessada, conferindo-a também ao Ministério Público⁵¹. Caso este não seja autor, intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei.

A legitimidade não olvida o princípio federativo. Atingido, com o ato de improbidade, interesse da Administração Pública Federal, caberá ao Ministério Público Federal o ingresso em juízo. Nos demais casos, a demanda deverá ser instaurada pelo Ministério Público dos Estados.

No pólo passivo, legitimado será o agente responsável pelo ato de improbidade. O §3º do art. 17 da Lei 8.429/92, com a redação ofertada pela Lei 9.366/96, transpôs para a demanda em comento o disposto no art. 6º, §3º, da Lei 4.717/65, permitindo que a pessoa política ou administrativa atue ao lado do réu, defendendo o ato impugnado. desde que tal postura se afigure útil ao interesse público. Trata-se de litisconsórcio facultativo, razão pela qual a não citação daquela não tem o condão de nulificar o processo⁵². Por outro lado, nada está a impedir que aquela, se assim entender, figure como assistente do Ministério Público.

A MP 2.180–34, de 24-08-01, em vigor por força da cláusula de perpetuidade, prevista no art. 2º da EC 32/01, trouxe algumas modificações à tramitação da ação de improbidade. Destaca-se, inicialmente, que a propositura da demanda, que prevenirá o juízo competente para todas as ações posteriores que venham possuir a mesma causa de pedir, ou o mesmo objeto, será instruída com documentos ou justificação contendo indícios suficientes da existência do ato de improbidade, ou com razões que justifiquem a impossibilidade de apresentação de tais elementos.

Despicienda a menção aos arts. 16 a 18 do CPC, relativos à litigância de má-fé, uma vez que, independentemente de previsão explícita, tal instituto seria aplicável, não sendo incompatível com a dis-

⁵¹ O art. 129, III, da CF, já outorgava ao *Parquet* legitimidade para atuar em defesa do patrimônio público, o que lhe permitia já ingressar com ações para fins de ressarcimento ao erário.

⁵² Cf. STJ, 1ª T., ac. un., RESP 329.735 – RO, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 29-10-01, p. 187.

ciplina específica da Lei 8.429/92⁵³.

Previu-se também uma fase de recebimento da petição inicial. Estando esta em ordem, o magistrado determinará a notificação do réu para, no prazo de quinze dias, apresentar manifestação por escrito, instruída com os documentos que possuir, comportando-se aqui a aplicação, *mutatis mutandis*, de corrente jurisprudencial⁵⁴, predominante na província criminal, de modo que, precedendo à demanda a instauração de inquérito civil, dispensa-se a restará a aludida formalidade.

Logo após, o juiz, no prazo de trinta dias, decidirá pela rejeição da inicial, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, ou, caso contrário, receberá a peça vestibular, determinando a citação do réu para apresentar resposta.

Da decisão de recebimento da petição inicial caberá agravo de instrumento e daquela que a rejeitar, apelação.

Está igualmente facultado ao juiz, uma vez se convença da inadequação da ação de improbidade, extinguir, em qualquer instante processual, o feito sem julgamento de mérito.

O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 afastou, de forma peremptória, a possibilidade de transação, acordo ou conciliação, na ação de improbidade⁵⁵.

⁵³ A representação por ato de improbidade contra quem o autor daquela o sabe inocente constitui delito, punível com detenção de seis a dez meses e multa, sem prejuízo do direito à indenização por danos materiais, morais ou à imagem, conforme prescreve o art. 21 da Lei 8.429/92.

⁵⁴ STF, 1ª T., HC 75.600/MG, rel. Min. Sydney Sanches, v.u., *DJU* de 05.12.97; STJ, 6ª T., RHC 8.954-SP, ac. un., rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* de 19/02/2001, p. 237; STJ, 5ª T., RESP 131.280-MG, ac. un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 28.09.98, p. 0090.

⁵⁵ Rita Tourinho (O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. *Fórum Administrativo – Direito Público*, n. 30, ano 3, p. 2.644-2648, ago. 2003) sustenta a possibilidade, em caso de improbidade administrativa, de ser firmado termo de ajustamento de conduta, que não se confunde com o instituto da transação. Aquele estaria restrito a medidas de natureza patrimonial e atos de improbidade de menor potencial ofensivo.

Oferecida contestação, segue-se a instrução até a sentença.

Caso o pedido venha a ser julgado procedente, serão impostas todas ou algumas das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Ainda que ajuizada a demanda pelo Ministério Público, a sentença, ao condenar o agente ao ressarcimento do dano, ou decretar a perda de bens adquiridos ilicitamente, determinará o pagamento ou a reversão patrimonial em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, a qual compete promover, nessa parte, a execução do julgado.

Não se convencendo da prática do ato de improbidade, o juiz julgará improcedente o pedido.

Ernane Fidélis dos Santos⁵⁶ propõe, na hipótese de improcedência do pedido por deficiência ou insuficiência de prova, a extensão do previsto nos arts. 18 da Lei 4.717/65 e 16 da Lei 7.347/85, relativos às ações popular e civil pública, embora observe que a insuficiência de prova não poderá justificar a reabertura da causa para se indagar se houve boa prova ou não, mas sim para certificar que não fora apresentado elemento concreto e essencial, sem o qual não se poderia dar solução sobre o mérito. A hipótese seria de falta de pressuposto processual (art. 284, CPC) e não de improcedência.

Com o devido respeito, penso que essa solução não é adequada à ação de improbidade, em vista das detrimetosas consequências que o julgamento desta poderá acarretar ao réu. Daí porque o emprego da integração analógica encontra limites. Isso sem o desconhecimento da circunstância de que a Lei 8.429/92, ao haver pretendido aplicar orientação válida à ação popular, laborara expressamente, como nos mostra o seu art. 17, §3º.

Também não seria o caso de invocar-se o art. 284 do CPC. A ação de improbidade é bem diversa de uma demanda dotada de características simplistas, como aquela na qual um segurado da

⁵⁶ Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 117.

previdência social venha a ter seu pleito julgado improcedente, em face de aos autos não haver sido juntado o documento que comprovava os termos em que deferido o seu benefício. O caráter punitivo que sobressai da demanda em comento sugere, ao invés, o princípio, assente no processo penal, de que a tentativa de revisão da sentença já transitada em julgado não se dê contra o demandado.

Isso se justifica ainda porque, como já citado, o autor do feito há de instruir a peça vestibular com os documentos mencionados no art. 17, §6º, da Lei 8.429/92, ou com justificativa da impossibilidade de fazê-lo.

6.2. TUTELA CAUTELAR.

O primeiro ponto a ser abordado se volta à indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º da Lei 8.429/92. Embora este dispositivo aluda à iniciativa ministerial, tenho que nada veda, antes recomenda, que tal venha a caber à pessoa jurídica interessada, a qual não está privada de proteger seu patrimônio, inclusive mediante medidas acautelatórias.

De observar que a medida tem seu cabimento restrito aos atos de improbidade que tenham causado lesão ao patrimônio público, ou ensejado enriquecimento ilícito. Destarte, não incide quando a ação de improbidade tiver por único fundamento a violação a princípios da atividade administrativa. Tampouco será aplicada para assegurar futura execução de multa civil, mas apenas para o fim de tornar eficaz determinação de perda de bens acrescidos ilícitamente ao patrimônio do agente e o ressarcimento de dano ao erário.

Quanto ao objeto da medida, de esclarecer que, não se cuidando de preservar futuro dano ao erário, mas unicamente de sancionar enriquecimento ilícito do agente, a medida restringir-se-á aos bens adquiridos a partir dos atos ilícitos a serem apurados, não alcançando os anteriormente adquiridos⁵⁷.

⁵⁷ Essa posição vem sendo sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça. Conferir precedente no ROMS 6.182-DF (2ª T., mv, rel. desig. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 01-12-97), impetrado por réu a que se imputara ilícitos relacio-

A decretação da indisponibilidade, como esclarece a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 469.366 – PR⁵⁸, ao posicionar-se ante divergência doutrinária, pode ser suplicada na própria ação, inclusive em instante posterior ao seu ajuizamento, ou em lide cautelar autônoma.

A sua eficácia é apenas a de impedir a alienação do patrimônio do réu, não implicando na conclusão de que este não possa continuar na administração dos bens atingidos pela medida, com o encargo de prestação de contas à autoridade judicial, como se decidiu no ROMS 6.197 – DF.

O indispensável, em qualquer caso, é a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo na demora e, nas hipóteses em que seu

nados com a conhecida “Máfia do Orçamento”. Na ocasião, digno de realce o voto-vista do Min. Ari Pargendler, ao enfatizar que, versando a demanda sobre enriquecimento ilícito, supostamente verificado em determinado intervalo de tempo, a constrição de bens adquiridos anteriormente implicaria em legar à cautelar objeto mais amplo do que o pedido deduzido na ação principal. O entendimento foi ratificado noutras ocasiões (2ª T., mv, ROMS 6.197 – DF, rel. desig. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 18-05-98, p. 58; 1ª T., ac. un., Agravo Regimental no RESP 433.357 – RS, rel. Min. José Delgado, *DJU* de 21-10-02; 1ª T., ac. un., RESP 196.932 – SP, rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 10-05-99, p. 119). Emerson Garcia, em bem lançado comentário (Legalidade da medida de indisponibilidade dos bens adquiridos antes da vigência da Lei 8.429/92, visando à garantia do ressarcimento dos danos causados ao erário. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 807, p. 166-173, jan. 2003), preconiza a possibilidade da indisponibilidade atingir bens adquiridos antes do fato ilícito, ora sob o argumento de que se não está ante figura penal, ora por o dever de ressarcir ser bem anterior à Lei 8.429/92, recuando pelo menos ao art. 159 do Código Civil de 1916. Discordo do autor. Demais da irretroatividade não servir de legítimo anteparo à incidência da lei penal a fatos passados, mas sim às disposições de ordem restritiva de modo geral, nas quais estão as de conteúdo punitivo, não se pode esquecer que o acórdão em comento, qual seja o RESP 196.932 – SP, versava não sobre ação por improbidade por dano ao erário, onde a pretensão de ressarcimento justificaria a indisponibilidade de bens adquiridos anteriormente, posição da qual não destoa o Superior Tribunal de Justiça, mas a ato que importara em enriquecimento ilícito do agente, de modo que a cautelar somente poderá atingir os bens que, indevidamente, representaram acréscimo ao patrimônio do agente e daí ser plausível a incidência da medida para o futuro.

⁵⁸ Ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* de 02-06-03.

deferimento se dê sem a ouvida da parte adversa, o requisito exigido pelo art. 804 do CPC, ou seja, o fundado receio de que, citado, o réu possa tornar ineficaz a medida. Há que restar evidenciada a plausibilidade da alegação de improbidade, do enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, bem assim razoável indício de que, no curso da demanda, venha o réu a tentar desfazer-se de seus bens.

Mais à frente, no seu art. 16, a Lei 8.429/92, contempla a possibilidade de seqüestro dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente, ou causado dano ao patrimônio público.

Evadiu-se o legislador do conceito doutrinário do instituto, a incidir sobre bens objeto de disputa judicial.

Cuida-se de medida mais gravosa do que a indisponibilidade, porquanto, além da impossibilidade de negociação do bem, há o impedimento à sua fruição.

Ao seqüestro se aplica o exposto quanto à indisponibilidade. De ressaltar, porém, que seu objeto é mais amplo, englobando o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo agente no exterior, desde que assim o permitam as leis e os tratados internacionais.

Dois pontos não podem ser esquecidos. A uma, torna-se imperioso o ajuizamento da demanda principal no trintídio legal, cujo início recai na data da efetivação da medida cautelar de indisponibilidade ou de seqüestro.

É aqui de ser aplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao art. 806 do CPC, onde prevalece, embora com dissensão, que tal ocorre a partir da efetivação da medida⁵⁹ e não da ciência desta pelo autor. O descumprimento do art. 17, *caput*, parte final, da Lei 8.429/92, importará na ineficácia da medida e não na extinção, sem exame de mérito, da ação cautelar.

A outra advertência é o exame do perigo na demora reverso.

⁵⁹ Cf. 2ª Seção, ERESP 74.716 – PB, mv, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 12-06-00, p. 74.

Deve, portanto, atuar o magistrado com razoabilidade, excluindo da medida situações em que poderá haver risco de deterioração ou de perda do patrimônio do agente, que constitui a garantia da eficácia da decisão final. Igualmente, é de ser considerada a possibilidade da cautela comprometer a subsistência do agente.

Interessante o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 1.804 – SP⁶⁰, onde o voto-condutor da relatora, Min. Eliana Calmon, em ação visando à apuração de improbidade por dano ao erário, perpetrado por ex-prefeito municipal, determinou a liberação de bens móveis, estoques e valores mobiliários, mantendo o bloqueio dos bens imóveis, com vistas a não inviabilizar a atividade empresarial do réu⁶¹.

Apesar da perda da função pública pressupor o trânsito em julgado da decisão, o parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92 permite que tanto a autoridade judicial quanto a administrativa determine o afastamento do agente do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da correspondente remuneração, desde que a medida seja necessária à instrução processual⁶².

O afastamento, que ocorrerá na própria demanda, podendo inclusive ser determinado de ofício, destina-se a propiciar a livre

⁶⁰ 2ª T., mv, *DJU* de 10-06-02.

⁶¹ Destaque também merece o RESP 226.863 – GO (2ª T., ac. un., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 04-09-00, p. 123), onde ressaltado que a indisponibilidade de bens, decretada com vistas a assegurar o ressarcimento de dano causado ao erário, haverá de guardar medida com o necessário à garantia da indenização, tornando indiscutível a observância do cânnon da proporcionalidade. Semelhantes percepções são encontradas nos: a) AI 37.425 – CE (1ª T., ac. un., rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho (convocado), *DJU* – II de 13-05-03, p. 419), ao ser mantido indeferimento de pleito de indisponibilidade, em face de não haver sido demonstrada a insolvabilidade dos agravados; AI 20.644 – PB (1ª T., ac. un., rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho (convocado), *DJU* – II de 24-04-03, p. 418), no qual se invalidou decisão que determinara seqüestro, incidente sobre imóvel transmitido, em ação de alimentos, aos filhos do réu, cujos rendimentos estavam vinculados ao cumprimento da prestação alimentar.

⁶² Há previsões semelhantes nas Leis 8.112/90 (art. 147) e 8.443/92 (art. 44).

colheita de provas. A motivação da fumaça de bom direito e do perigo na demora não se refere à prática do ato de improbidade, mas à possibilidade de serem eliminados elementos de convicção, ou dificultada a sua produção⁶³.

Por essa razão, havendo precedido à ação inquérito civil, no qual tenham sido coligidos vários elementos em desfavor do agente, descaberá a medida.

Tem gerado fortes controvérsias a possibilidade de aplicação de medida a titulares de mandato eletivo. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo⁶⁴ se posicionam frontalmente contrários à afirmativa, salientando, dentre outros motivos, que a peculiar investidura de tais agentes públicos, emanada da soberania popular, é incompatível com o afastamento prévio, porquanto estaria sendo criada hipótese de suspensão de direitos políticos sem trânsito em julgado, bem como não haver previsão expressa na lei com relação ao titular de mandato.

Adilson de Abreu Dallari⁶⁵ secunda esse ponto de vista, chamando a atenção para o fato de restrições de direito não comportarem interpretações ampliativas, de modo que, havendo o parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92, omitido a referência a mandato eletivo, os titulares deste não poderão constituir alvo da providência. Em reforço, o autor evoca o princípio democrático, a impor respeito ao mandato popular, cuja subtração se subordina à expressa previsão constitucional.

⁶³ Esse requisito indispensável à adoção da medida fora bem enfatizado pelo Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 3.181 – GO (1ª T., ac. un., rel. Min. José Delgado, *DJU* de 12-03-01), inclusive em sede de embargos declaratórios (*DJU* de 18-06-01).

⁶⁴ Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81-85.

⁶⁵ Limitações à atuação do Ministério Público na ação civil pública. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40-41.

Malgrado admita a incidência do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, aos titulares de mandato eletivo, José Augusto Delgado⁶⁶ pondera que tal dispositivo deverá ser manejado de forma cautelosa, tendo em vista a circunstância de que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos requer sentença condenatória transitada em julgado.

Na mesma linha, Edvaldo Brito⁶⁷, ao depois de asseverar que o afastamento é de caráter sancionatório, além de configurar exceção à regra geral do art. 20, *caput*, da Lei 8.429/92, o que impõe observância a critérios hermenêuticos restritos, afirma que tal providência será excepcionalíssima nos casos de mandato eletivo, uma vez o art. 216 do Código Eleitoral mencionar a plenitude do exercício do mandato enquanto não transitar em julgado sentença condenatória.

Entende o autor que ao afastamento deverá preceder a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica interessada, na forma da Lei 8.437/92. Com isso, estará preservado o ente político de sofrer grave lesão à ordem e à economia pública.

Manifesto-me pela possibilidade de o afastamento atingir titular de mandato eletivo. O art. 20, *caput*, da Lei 8.429/92, não se reportou, expressamente, a mandato eletivo, o que não impede, de forma alguma, que se possa entender aquele abrangido pela expressão “função”. O mandato eletivo envolve – não se duvida –, o exercício de função pública.

Há, como bem evidenciam os dois últimos autores, que não se perder de vista o caráter excepcional da medida, a exigir redobrada cautela na sua determinação aos exercentes de mandato eletivo.

⁶⁶ Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

⁶⁷ Questões sobre o afastamento de titular de mandato eletivo na fase de instrução da ação de responsabilidade por ato de improbidade. *In*: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-105.

Além da necessidade de ouvida da pessoa política interessada, o afastamento há de ser por prazo certo, no qual deverá achar-se concluída a instrução processual. À míngua de sua fixação na Lei 8.429/92, há que se buscar na analogia prazo razoável, podendo ser aplicado o previsto no art.147, e parágrafo único, da Lei 8.112/90.

A excepcionalidade da medida fora ressaltada pelo Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 2.299 – SP⁶⁸, envolvendo litígio onde estava sendo apurada falsidade, supostamente perpetrada por funcionária da Justiça Eleitoral, onde restara beneficiado prefeito municipal. Consta de passagem da ementa: “13 – A cassação de investidura popular é medida radical, só suscetível de ser aplicada com lastro em sentença definitiva acobertada pelo trânsito em julgado ou, em condições excepcionais, quando assim o exigir o interesse público, particularmente o da administração da justiça”.

Em todo caso, haverá de ser assegurado ao acusado o direito ao contraditório, o qual poderá ter lugar no instante do art. 17, §7º, da Lei 8.429/92.

6.3. COMPETÊNCIA.

Antes de ser abordado o tema, não se pode perder de vista a natureza da ação de improbidade. Penso que se cuida de demanda visando à aplicação, em desfavor do réu, de medidas punitivas⁶⁹. O seu colorido sancionador é algo inescandível. Basta notar que das seis conseqüências mencionadas no art. 12 da Lei 8.429/92 somente o ressarcimento é que não possui caráter de pena, mas de reparação pecuniária de caráter civil.

A Lei 8.429/92 tem por objetivo, com exceção do ressarcimen-

⁶⁸ 2º T., ac. un., rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 01-08-00.

⁶⁹ Conferir em José Augusto Delgado (Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 213-223.) excelente sistematização das diversas correntes que buscam elucidar a natureza da ação prevista na Lei 8.429/92.

to, a aplicação de penas de cunho administrativo pelo Judiciário. O que, sem dúvida, não ocorre, é a imposição de penas criminais, matéria a ser discutida em processo próprio, distinto daquele mencionado no referido diploma.

Essa circunstância tem sugerido a discussão relativa à possibilidade de cogitar-se de foro por prerrogativa de função na improbidade administrativa.

Fábio Konder Comparato⁷⁰ repele o entendimento afirmativo, expondo que, nas ações de improbidade, é inquestionável a competência do juízo de primeiro grau, não sendo nem mesmo lícito ao legislador instituir foro privilegiado. A opinião do mestre se acha apoiada nos fundamentos seguintes: a) a instituição de foro privilegiado é matéria submetida à reserva constitucional, não existindo dispositivo expresso a esse respeito quanto à ação de improbidade, a qual não se confunde com ação penal; b) o princípio da igualdade é violado pela criação de foro privilegiado, de maneira que o fato do Constituinte de 1988, ao contrário daquele de 1969, não proscrever, às expensas, a possibilidade do estabelecimento de foro privilegiado, não autoriza a sua criação mediante lei; c) as disposições constitucionais que instituem foro por prerrogativa de função, em virtude de seu caráter excepcional, são interpretadas de maneira restrita.

O debate prosseguiu na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 591 – SP⁷¹, relativa à ação de improbidade movida contra juízes de Tribunal Regional do Trabalho, afirmou que, estando-se diante de ação civil e não criminal, não teria aplicação o art. 105, I, a, da CF, muito embora, na ocasião, restara consignado no voto do relator que, no futuro, impunha-se uma revisão das competências jurisdicionais.

⁷⁰ Competência do juízo de 1º grau. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-129. Posição oposta é encontrada em Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Croce Caetano (Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 350-363).

⁷¹ Corte Especial, mv, rel. Min. Nilson Naves, *DJU* de 15-05-00.

Mais à frente, tem-se a Reclamação 2.138⁷², em cujo julgamento, iniciado em 20-11-02, ensaiou-se uma reviravolta no Supremo Tribunal Federal. Votando, na qualidade de relator, o Min. Nelson Jobim procedeu à distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam os referidos pelos arts. 37, §4º, e 102, I, c, ambos do diploma magno, assentando que os agentes políticos neste último dispositivo mencionado, por estarem regidos por normas especiais, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação a ser, *in casu*, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. A conclusão do voto fora pela procedência da reclamação, reconhecendo a competência do Pretório Excelso, com a extinção do processo em curso perante a 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo o relator acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Ao depois, o julgamento foi adiado, em função de pedido de vista do Min. Carlos Velloso.

Aproximadamente um mês após, vem a lume a Lei 10.628, de 24-12-02, que, inserindo dois novos parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal, dispôs que: a) a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria quanto a inquérito ou ação criminal ajuizada quando já cessado o mandato; b) a ação de improbidade, prevista na Lei 8.429/92, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de foro por prerrogativa de função.

Referido diploma constitui objeto da ADIN 2.797 – 2, na qual foi denegada liminar por decisão monocrática da lavra do Min. Sepúlveda Pertence.

Sem embargo da relevância dos argumentos contrários à compatibilidade vertical de tal inovação, penso que, diante da presunção de constitucionalidade que acompanha as normas emanadas do processo legislativo regular, é temerário a sua não aplicação pelos magistrados singulares, até porque decisões neste sentido

⁷² Informativo STF 291.

poderiam beneficiar os réus diante da nulidade absoluta que poderia ser reconhecida a eventual sentença condenatória, inclusive em grau de ação rescisória, podendo até ocasionar prescrição da possível renovação da demanda⁷³.

Faz-se urgente pronunciamento conclusivo do Pretório Excelso sobre tão relevante assunto, a fim de, brevemente, ser afastado qualquer risco de insegurança jurídica, o que poderá ocorrer com a retomada do julgamento da Reclamação 2.138, ou com o processamento da ADIN 2.797 – 2. O tema não poderá ter a mesma solução legada à argüição de inconstitucionalidade do bloqueio dos cruzados novos.

7. PRESCRIÇÃO.

A prescrição, para o ajuizamento de ações destinadas à aplicação das sanções mencionadas no art. 12 da Lei 8.429/92, rege-se conforme o vínculo do agente para com a Administração Pública.

⁷³ Enquanto não decidida a questão acerca da inconstitucionalidade *in the-si* do §2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a inovação da Lei 10.628/02, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Reclamação 2.381 – MG (Pleno, mv, rel. Min. Carlos Britto, julg. em 06-11-03, Informativo – STF 328) manifestou entendimento, que homenageia a presunção de constitucionalidade das leis, afirmando deverem ser-lhe remetidos os autos de procedimento investigatório instaurado contra atual Senador, então Governador à época dos fatos, o qual concluíra pela necessidade de propositura de ação de improbidade. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no Agravo Regimental na Petição 1.881-PR (Corte Especial, ac. un., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 25-08-03), malgrado assentar não lhe competir a instauração de procedimento informativo ou administrativo por improbidade, cabendo ao interessado representar à autoridade administrativa competente ou ao Ministério Público, frisou, com muita propriedade, sua competência para a respectiva ação judicial, caso ajuizada contra Governador de Estado, em virtude da superveniente edição da Lei 10.628/02. A ementa do julgado, bem assim o pronunciamento do relator, são bastante elucidativos a respeito do referido *discrímen*. Por sua vez, pequena irregularidade técnica, constatável com a leitura da ementa do Agravo Regimental na Petição 1.883 - PR (Corte Especial, ac. un., rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 22-09-03), julgado dois dias após, em 18-06-03, parece supor radical mudança hermenêutica, ilação sanada com o teor do voto, no qual se vê inalterado o entendimento de que, ao depois da Lei 10.628/02, compete à Augusta Corte o julgamento de ação judicial de improbidade administrativa promovida contra Governador de Estado.

Se o liame do agente decorrer de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, o direito de ação prescreve em cinco anos ao depois do respectivo exercício.

Se titular de cargo efetivo ou emprego, a prescrição se consumará nos termos do prazo previsto para a apuração das faltas disciplinares puníveis com demissão, o qual, na Lei 8.112/90 (art. 142, I), é de cinco anos.

Aos agentes que exerçam cargos de direção em entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, a que se refere o parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.429/92, mais consentânea a aplicação da regra do art. 23, I, do mesmo diploma, em face da amplitude conceitual da expressão mandato, a não abranger apenas atividades públicas, mas a gestão de entes particulares, como é, por exemplo, o caso da investidura em diretoria ou conselho de administração de sociedade anônima.

Esse foi o tratamento versado pelo art. 23, I e II, da Lei 8.429/92.

Aplica-se na primeira hipótese o regime das causas de suspensão e interrupção do curso do prazo prescricional, previstas nos arts. 197 a 204 do Código Civil. Nos casos do inciso II, tal aplicação somente será possível caso a lei específica, destinada à apuração das faltas disciplinares do servidor, não contenha dispositivo diverso, como é o caso do art. 142, §§3º e 4º da Lei 8.112/90⁷⁴.

No que respeita à pretensão de ressarcimento, prepondera a regra constitucional de sua imprescritibilidade, afirmada pelo art. 37, §5º, da Constituição Federal.

⁷⁴ Não se omita que o Supremo Tribunal Federal (Pleno, ac. un., MS 23.299 – SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 12-04-02, p. 55), visando impedir que o servidor permaneça indefinidamente sujeito à competência disciplinar da Administração, vem interpretando o disposto nos §§3º e 4º da Lei 8.112/90 de modo a que, uma vez interrompida prescrição pela instauração de sindicância ou processo disciplinar, ultrapassado o prazo de 140 dias, compreendendo o somatório dos prazos dos seus arts. 152, *caput*, e 167, volta o prazo prescricional a ter o seu curso reiniciado.

8. ALGUMAS CONCLUSÕES.

Tecidos os comentários acima, resta-nos o sumário dos remates seguintes:

a) o sentido liame entre direito e moral, realçado em recentes estudos, revela-se com vigor no direito administrativo, tendo como uma de suas conseqüências o dever de lealdade institucional, através do qual o agente público deverá utilizar-se de sua função com vistas à realização do interesse coletivo, atendendo, para tanto, ao complexo deontológico que rege a administração da coisa pública;

b) o direito brasileiro, desde a Lei Maior de 1824, vem externando forte preocupação com o respeito, pelos agentes públicos, ao dever de lealdade perante a Administração, da qual resultou a previsão, na Constituição atual (art. 14, §9º), da figura improbidade administrativa, regulamentada pela Lei 8.429/92, apta a ensejar ao mau administrador, entre outras conseqüências, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário;

c) a distinção, constante do texto magno, entre improbidade e moralidade administrativa serve para denotar que a primeira se insere no campo demarcado a esta, configurando-se como maltrato à moral administrativa adornada pelo qualificativo da desonestidade, o que, demais de demandar do magistrado, no exame de sua ocorrência, um conhecimento do panorama sócio-político reinante, afasta a possibilidade de se cogitar de ação manifestada com culpa em sentido estrito;

d) ao traçar o âmbito subjetivo de sua aplicação, a Lei 8.429/92 recorre à expressão ampla “agente público”, tradutora de significado compreensivo de todo aquele que, em virtude de norma legal, está habilitado a manifestar a vontade estatal, sem esquecer que, de acordo com o seu art. 2º, tal definição é mais ainda alargada para apanhar aquele que exerça função em entidade, não necessariamente prestadora de serviço público, que receba subvenção, benefício ou incentivo, creditício ou fiscal, do Poder Público;

e) ao regulamentar o art. 37, §4º, da Lei Máxima, a Lei 8.429/92, no seu art. 12, previu vários espécimes punitivos a serem aplicados diante da caracterização de atos de improbidade, seara na

qual não deverá passar despercebido pelo magistrado o princípio da proporcionalidade, quer para excluir a presença do ato violador da ordem moral administrativa, quer para regular a dosagem da sanção aos fatos cometidos, sem prejuízo ainda da incidência de outros limites constitucionais ao *jus puniendi* criminal, tais como a vedação do *bis in idem* e das penas de cunho perpétuo;

f) consoante a Lei 8.429/92, a legitimidade para ajuizar demanda por ato de improbidade administrativa toca ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada, estando no seu texto prevista fase destinada ao recebimento da peça vestibular e a possibilidade de imposição de providências de ordem cautelar;

g) a indisponibilidade de bens, cabível quando se cogitar de ato que cause enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, poderá ser solicitada na própria ação, ou em demanda cautelar, estando, na primeira hipótese, restrita aos bens adquiridos posteriormente aos fatos em apuração, exigindo, para a sua decretação, os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora, sem prejuízo do reclamado pelo art. 804 do CPC;

h) o seqüestro, que implica ainda óbice à fruição dos bens que atinge, observará a disciplina da indisponibilidade, devendo-se atentar que, em ambos os casos, o juiz deverá atuar atento aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade;

i) o afastamento prévio do agente, previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, o qual pode sobrevir de ofício, vocaciona-se a assegurar a satisfatória colheita de provas, ameaçada pela séria possibilidade daquele em eliminar, ou obstar, a produção de elementos de convicção acerca dos fatos a serem apurados, circunstância a ser demonstrada pelo julgador no ato que o deferir, sem esquecer-se de que a incidência da medida aos titulares de mandato eletivo se antolha excepcionalíssima, exigindo, para tanto, cautelas redobradas pelo intérprete;

j) não obstante a indiscutível relevância da argumentação de que a instituição de foro privilegiado se submete à reserva da Constituição, e que a sua disposição mediante lei ordinária afrontaria o postulado que impõe tratamento igualitário (art. 5º, I, CF), não se pode, por outro lado, inteiramente desconsiderar a presunção de

constitucionalidade das leis, de modo a reclamar-se, com urgência, a manifestação do Pretório Excelso sobre o assunto, pena de eventual silêncio representar forte ferimento à segurança jurídica;

k) a ação de improbidade prescreve nos intervalos temporais mencionados pelo art. 23 da Lei 8.429/92, distinguindo-se sua contagem conforme se trate de agente que exerça cargo efetivo ou emprego público, sem esquecer que, no tocante à pretensão de ressarcimento, prevalece a imprescritibilidade, *ex vi* do art. 37, §5º, da Lei Básica.

HOMENAGEM DOS FUNCIONÁRIOS

Ao longo dos seus trinta e cinco anos de carreira, o Exmo. Desembargador Federal Ridalvo Costa conquistou o respeito e a admiração, não só de seus pares, mas de inúmeros servidores que com ele conviveram ou trabalharam. Esses servidores também querem participar das homenagens que, nesta ocasião, são prestadas ao ilustre Magistrado, deixando registrado, nas páginas desta obra, um preito de reverência e estima a um homem que, com sua conduta e saber, honra e engrandece o Poder Judiciário.

A Dr. Ridalvo Costa, toda a nossa estima e apreço:

Barbara Fotta

Dr. Pini

plinydo stano

Guatavo Cabral

Claudio

Mary

Jaé Nunes

Simone Lima

Angela Raposo G. de Melo Larrié

Jéssy de Almeida

Theresa Mendes

Enaida Lima Neves

Wlastermil

Pia Abreu Galvão

Guatavo Albuquerque Salgueiro

Walter Gibson Estima
~~Quarta Zabaloff~~
André R. Leão
Viviane Lima de Oliveira Ramalho
Celi Alice da Beira
Francisco Sampaio Barros
Frederic Mott
Miguel José Marinho Costa
Kamuro Sumoto Sumuh
Pedro Augusto Exordim
W. P. Alby - do Rio