

# Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem à  
Professora Anna Candida da Cunha Ferraz**

72  
julho/dezembro 2010

---

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

---



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**72**

JULHO/DEZEMBRO 2010





## GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ALBERTO GOLDMAN

*Governador do Estado*

### PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

*Procurador Geral do Estado*

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

*Chefe do Centro de Estudos*



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

## **CENTRO DE ESTUDOS**

### **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 - 4º andar  
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil  
Tel. (11) 3286-7020 - Fax: (11) 3286-7028  
Home page: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)  
e-mail: [pgecestudos@pge.sp.gov.br](mailto:pgecestudos@pge.sp.gov.br)

#### **Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:**

Carlos José Teixeira de Toledo

#### **Assessoria:**

Clayton Alfredo Nunes, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

#### **Coordenador:**

José Luiz Souza de Moraes

#### **Comissão Editorial**

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Carlos José Teixeira de Toledo, Celso Luiz Bini Fernandes, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Patricia Ulson Pizarro Werner, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme.

#### **Revista**

José Luiz Souza de Moraes (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Foto da capa: Marcelo Vigneron - acervo do Centro de Estudos da PGE

Tiragem: 1.800 exemplares

---

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,  
Brasil, 1971-.(semestral)

1971-2010 (1-72)  
1998 (n. especial)  
2003 (n. especial)

CDD-340.05  
CDU-34(05)

---

# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>VII</b>
<b>Homenagem a Anna Candida da Cunha Ferraz .....</b>	<b>XI</b>
Ada Pellegrini Grinover	
<b>Coisa julgada e terceiros .....</b>	<b>1</b>
Ada Pellegrini Grinover	
<b>Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário .....</b>	<b>13</b>
André Luiz dos Santos Nakamura	
<b>Leis municipais: controle abstrato de constitucionalidade .....</b>	<b>67</b>
Antonio Joaquim Ferreira Custódio	
<b>Vinculação de receitas públicas no orçamento .....</b>	<b>89</b>
Dânae Dal Bianco	
<b>O direito fundamental ao governante probó, a análise da vida pregressa do candidato e a presunção de inocência/não culpa: uma análise à luz da Lei da “Ficha Limpa” .....</b>	<b>115</b>
Erik Boson	
<b>Controle de constitucionalidade incidental e mutação constitucional: apontamentos acerca do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>139</b>
Filipe Bezerra de Menezes Picanço	

**Devido processo coletivo: um esboço sobre a identificação e o controle da substituição adequada das massas..... 203**

Felipe Silva Noya

**O princípio da celeridade e a responsabilidade do Estado pela delonga na prestação jurisdicional ..... 257**

Mellissa Di Lascio Sampaio

**O papel da informação na reparação do dano ao meio ambiente ..... 321**

Patrícia Faga Iglecias Lemos

**Reclamação constitucional: natureza jurídica. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina e sua utilização para assegurar o respeito às súmulas vinculantes ..... 333**

Paulo Alves Netto de Araujo

**O fortalecimento da ordem jurídica internacional através da transplantação de institutos de direito constitucional para o direito internacional..... 387**

Vinicius Lima de Castro

# Apresentação

Caro leitor,

**S**e você tem diante dos olhos este exemplar da Revista da Procuradoria Geral do Estado, que alcança a septuagésima segunda edição, e completa quarenta anos de vida, agradeça à pessoa homenageada neste volume: a procuradora do Estado, ex-procuradora geral e professora Anna Candida da Cunha Ferraz.

Sobre a doutora Anna Candida, pouco falaremos. Deixemos uma de suas diletas colegas – a também procuradora e mestra Ada Pellegrini Grinover – prestar um emocionante e emocionado testemunho, nas páginas a seguir.

Apenas pontuaremos o fato de que, em sua gestão como procuradora geral do Estado (1975-1979), o Centro de Estudos, previsto na Lei Complementar n. 93/74 – primeira Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado – foi efetivamente implantado. E não satisfeita, a doutora Anna Candida, depois de deixar o cargo mais elevado da Instituição, assumiu a direção do órgão, consolidando-o e dotando-lhe dos meios que ainda hoje permitem que ele possa cumprir sua missão, sendo causa de orgulho para todos os procuradores.

O trabalho da doutora Anna Candida certamente marcou a Procuradoria Geral do Estado. E marcou de tal forma que, nos depoimentos colhidos por ocasião do livro *Advocacia pública*: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, seu nome é mencionado por quase todos os relatos dos procuradores e servidores que lhe foram contemporâneos.

De nossa parte, temos a esperança de que, ao longo do quadriênio 2007/2010, tenhamos conseguido honrar esse legado, por meio do fortalecimento e ampliação da atividade do Centro de Estudos e de seu braço acadêmico, a Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

Nesse tocante, podemos destacar: as novas instalações da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado e a ampliação de seus cursos; o aperfeiçoamento dos programas do Centro de Estudos – o Pró-livro, o Pró-*software* e o programa de ajuda financeira, este agora também auxiliando os servidores; a criação do *Jurisclip* e do *Blog do Centro de Estudos*; a edição do *Conexão PGE*, boletim eletrônico de comunicação interna da Procuradoria Geral do Estado; a revitalização do *Boletim da PGE* e de sua *Revista*, esta agora com periodicidade semestral, como originalmente foi concebida; o constante aperfeiçoamento dos recursos eletrônicos disponibilizados aos procuradores, como o acesso à publicações eletrônicas (como a Biblioteca Digital da Editora Fórum) e a bancos de dados de pareceres (editados pela Procuradoria Administrativa) e jurisprudência e informações úteis (mediante contratação da Associação dos Advogados de São Paulo para todos os procuradores); o crescimento da oferta de cursos, com parcerias com a FUNDAP e a Escola Fazendária, entre outras; a intensificação da colaboração com outras escolas jurídicas, inclusive com universidades do exterior; enfim, uma miríade de atividades que mobilizou procuradores e servidores, sempre no intuito de elevar o nome da Procuradoria Geral do Estado e propiciar aos seus integrantes a colheita do *conhecimento*, suprema riqueza de nossos dias.

E, por fim, neste segundo semestre de 2010, o Centro de Estudos ganha nova sede, com amplo espaço para acolher o acervo bibliográfico e histórico da Procuradoria Geral do Estado e com espaço reservado para um novo e maior auditório. Essa nova sede também possuirá uma área multiuso, para acolher oficinas e eventos socioculturais e nela será instalado o Centro de Memória e Documentação da Procuradoria Geral do Estado, que pretende se tornar referência para conhecimento e compreensão de nossa história institucional.

Nosso anseio é que o Centro de Estudos esteja cada vez mais próximo de todos, congregando advogados públicos de várias carreiras e os procuradores do Estado em especial: jovens e maduros, em atividade ou já aposentados, cada qual oferecendo um quinhão de sua energia para engrandecimento de nossa Carreira e de nossa Procuradoria Geral do Estado. Um pouco disso se vê na presente edição, em que ao lado de artigo de uma de nossas mais experientes e renomadas integrantes – a professora Ada Pellegrini Grinover – temos artigos de jovens procuradores que acabaram de ingressar em nossos quadros e já mostram o seu brilho.

À doutora Anna Candida e a outros procuradores que a auxiliaram na aventura de criar o Centro de Estudos, nosso agradecimento perene e a esperança de que essa construção de tamanha beleza seja constantemente aperfeiçoada e valorizada pelas sucessivas gerações de procuradores do Estado.

**CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO**

*Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos*

**MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO**

*Procurador Geral do Estado*



# Homenagem a Anna Candida da Cunha Ferraz

A transição entre o governo Laudo Natel e o de Paulo Egídio – ambos eleitos indiretamente, pelas convenções da Arena – ocorreu no início de 1975, quando o novo vice-governador, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, solicitou à Procuradoria Geral do Estado que colocasse à disposição do gabinete de transição Anna Candida da Cunha Ferraz e eu. Foi o primeiro contato profissional que tive com Anna Candida, e desde logo nos entendemos perfeitamente, trabalhando em conjunto. Nossas idéias coincidiam, os princípios éticos que nos norteavam eram os mesmos, compartilhávamos o método e a formação. Foi aí que a seriedade, a responsabilidade, a criatividade, o caráter de Anna Candida despertaram minha admiração. Foram alguns meses de trabalho intenso e gratificante, numa casa da Avenida Brasil, preparando o plano de governo.

Aos 15.03.1975, com o novo governo, fui nomeada assessora técnica do Gabinete do Vice-Governador e Anna Candida procuradora geral do Estado. À época, o procurador geral não tinha *status* de secretário de Estado, dependendo formalmente do secretário da Justiça, mas Anna Candida, com a aquiescência deste – que a respeitava profundamente – trazia os assuntos jurídicos da Procuradoria diretamente ao vice-governador, despachando com ele. E eu, como assessora técnica, ficava a par das questões magnas da instituição, não raro opinando oficialmente para encaminhar as decisões do vice. Assim, o contato entre nós duas seguiu sendo intenso, prazeroso e profícuo, e eu, embora afastada, continuei acompanhando e participando da vida da Procuradoria.

Um capítulo à parte foram os concursos de ingressos na Procuradoria Geral do Estado. A carreira havia ficado imobilizada durante muito tempo, sem criação de novos cargos, mas finalmente o período de estagnação fora superado e os concursos de ingresso se sucediam. Assim, participei da elaboração de vários concursos. O primeiro foi em 1977, mas para apenas 20 vagas. No concurso seguinte, foram abertas cerca de 150 vagas, um

número razoável. Havia 1.500 candidatos. A comissão, que eu integrava, tinha preparado a primeira fase, de testes de múltipla escolha, para depois se passar à segunda fase, de prova escrita, seguida pela prova oral. O certo é que a comissão não tinha muita prática na elaboração de questões que, conforme lhe explicara a Fundação Carlos Chagas – que aplicaria os testes – deviam ser uma mescla de perguntas difíceis, médias, e fáceis.

Era preciso que o candidato tirasse nota 5 em cada matéria para passar à segunda fase. Inexperiência nossa!

Ainda estava na cama, de manhã bem cedo, quando recebi um telefonema de Anna Candida: a Fundação Carlos Chagas avisava que menos de 10 candidatos tinham conseguido nota mínima.

Não me contive: “Meu Deus, o concurso melou! Culpa da examinadora – eu mesma... –, que fez questões muito difíceis. O que achei fácil, foi difícil para os candidatos...”

Daí a pouco, ligou o Ermes, presidente da comissão de concurso.

Eu estava em pânico: “O que se vai fazer? Anular o concurso, fazer outro? A bomba vai estourar em cima de Anna Candida!”

Mas Ermes estava tranqüilo: “Não, falei com a Fundação Carlos Chagas. Existe uma técnica, chamada de desvio constante: a gente diz qual é o número de candidatos desejável para passar à segunda fase, e eles vão aumentando a nota de cada candidato, na mesma proporção, até se chegar a esse número.”

A matemática tem mistérios que o direito desconhece...

Terminado o governo, Anna Candida e eu voltamos à carreira. Em 1980, ela assumiu a direção do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado e me convidou para dirigir o Centro de Aperfeiçoamento. O Centro de Estudos estava começando. Tinha sido instalado por Eurípedes Pimenta e José Chizzotti. Eu já estava na comissão editorial da Revista da Procuradoria Geral do Estado, criada em 1971, por Armando Marcondes Machado Júnior. E a Revista, sob o comando de Anna Candida, foi crescendo de importância, de relevância. Em 1980, foi criado o Boletim, que se tornou, por sua agilidade e pelo interesse das matérias publicadas, leitura obrigatória para os membros da carreira. Anna Candida organizou uma indexação para todos os artigos e pareceres, que a

observavam, facilitando a busca sistemática dos assuntos, numa época em que a computarização era incipiente. Na qualidade de diretora do Centro de Aperfeiçoamento, organizei inúmeros ciclos de palestras, cursos, mesas redondas, debates. E Anna Candida sempre presente, apoiando, incentivando, oferecendo toda a estrutura necessária.

O Centro de Estudos, sob a batuta de Anna Candida, inovou profundamente em relação aos congressos nacionais de procuradores do Estado. Antes, as teses apresentadas pelos procuradores paulistas e enviadas aos congressos eram voluntárias, sobre temas incluídos no temário, mas de livre escolha de cada autor. Anna Candida teve a idéia de que o Centro de Estudos distribuísse os temas entre procuradores previamente designados, academicamente qualificados. Assim, ao lado das teses avulsas, a Procuradoria apresentava suas teses oficiais, esgotando todo o temário. O procurador geral designava a comissão para preparar as teses oficiais da Procuradoria: José Afonso da Silva, Celso Bastos, Michel Temer, Zelmo Denari, Eurípides Pimenta, a própria Anna Candida e eu mesma, entre outros. Foi uma época em que surgiram trabalhos interessantíssimos e foi notável a repercussão das teses da Procuradoria Geral do Estado do Estado de São Paulo no primeiro congresso nacional em que essa técnica foi utilizada, em Salvador. Sempre houvera certa rivalidade entre as Procuradorias Gerais dos Estados de São Paulo e da Guanabara, que também contava com juristas de escol, como Sérgio Ferraz e Seabra Fagundes, precedidos por Raimundo Faoro e outros. Mas, naquele congresso, a Procuradoria Geral do Estado do Estado de São Paulo superou, em muito, a performance da Procuradoria Geral do Estado do Estado da Guanabara, fazendo-se presente com teses oficiais de altíssimo nível, em todos os assuntos.

É essa a mulher que a Revista da instituição homenageia nesta edição. E me é muito grato associar-me à homenagem, escrevendo essas reminiscências, que ressaltam sua liderança, seu empreendedorismo, sua dedicação, sua competência, sua independência, seu caráter. Parabéns, Candinha! A carreira, que tanto amamos, muito lhe deve.

São Paulo, setembro de 2010.

ADA PELLEGRINI GRINOVER



# Coisa julgada e terceiros

Ada Pellegrini Grinover<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Coisa julgada e terceiros: notícia histórica. 2 A posição de Enrico Tullio Liebman. 3 A indivisibilidade do objeto e as decisões uniformes na teoria de Liebman. 4 Litisconsórcio facultativo unitário: a coisa julgada *erga omnes*. 5 Coisa julgada *secundum eventum litis* e terceiros. Referências.

---

## 1 Coisa julgada e terceiros: notícia histórica

Vem do direito comum a regra de que a coisa julgada não pode prejudicar os terceiros: *res inter alios iudicata aliis non præiudicare*<sup>2</sup>. Mas, em função de exigências práticas, na mesma época, firmou-se o entendimento que levou a estender a coisa julgada a alguma categoria de terceiros, admitindo-se que a sentença pronunciada entre os interessados principais também obrigasse os que tinham interesse secundário. O mais célebre tratadista da matéria foi Alexandre Tartagno, em seu comentário à Lei Saepe<sup>3</sup>. Mais tarde, por obra de Savigny, tomou força o conceito de uma espécie de representação dos interesses do terceiro por obra da parte, conceito que foi posteriormente especificado por outros na figura da representação *in utilibus*, para beneficiar e não prejudicar os terceiros.

Nos albores do direito processual científico, Wach sustentou que “quando a sentença tenha sido prolatada entre os legítimos contraditores,

---

1 Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 D. 42.1.63; 44.2.1.

3 Ver, para uma resenha sobre o assunto aqui tratado: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*: com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 81 e ss.

a coisa julgada entre as partes opera, enquanto tal, em relação a todos”. Na Itália, foi sobretudo Chiovenda quem recolheu e desenvolveu a lição de Wach, afirmando: “Todos somos obrigados a reconhecer o julgado *entre as partes*; não podemos, porém, ser por ela prejudicados”. E acrescentou que não se pode, contudo, afirmar esse prejuízo, quando ele for simplesmente *de fato*.

Os processualistas italianos posteriores acompanharam o caminho aberto por Chiovenda, com algumas peculiaridades: Redenti acrescentou ao conceito de Chiovenda a observação de que para os terceiros a coisa julgada tem caráter *reflexo*. Segni ampliou a categoria dos efeitos reflexos, abrangendo neles tanto os efeitos secundários da sentença, quando dizem respeito a terceiros, quanto a extensão a eles da autoridade do julgado, afirmando a identidade de uns e outra. Betti sistematizou os terceiros que são atingidos pela coisa julgada em categorias, afirmando que os *terceiros juridicamente interessados*, que se encontram *subordinados* à parte com referência à relação decidida, se sujeitam necessariamente à coisa julgada. Carnelutti, o mais radical de todos, sustentou que a eficácia reflexa da coisa julgada se comunica a todos os terceiros juridicamente interessados, indistintamente, qualquer que seja a relação entre os terceiros e a relação jurídica das partes.

## 2 A posição de Enrico Tullio Liebman

Liebman, na famosa teoria que distingue entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada, sustentou que a eficácia natural da sentença, como ato de potestade do Estado, atinge a todos; mas que a autoridade da coisa julgada só alcança as partes. Os terceiros juridicamente prejudicados poderão opor-se à autoridade da coisa julgada. A teoria mereceu ampla acolhida no Brasil e vem hoje consagrada, embora numa dicção imperfeita, no Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 472: “A sentença faz coisa julgada entre as partes, entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. A imperfeição, salientada por Barbosa Moreira, consiste na circunstância de que os efeitos da sentença são reconhecidamente capazes de atingir a esfera jurídica dos terceiros. Mas o que o Código quer dizer é que a *coisa julgada* (e não a *sentença*) fica restrita às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, e assim tem sido interpretada a norma legal.

### 3 A indivisibilidade do objeto e as decisões uniformes na teoria de Liebman

Todavia, o próprio Liebman deu-se conta da dificuldade que surge quando a relação jurídica atingida pela coisa julgada e a do terceiro são incindíveis, em virtude da situação jurídica que se apresenta como *indivisível*, devendo ser única para todos. Como exemplo típico dessa figura aponta-se a impugnação de deliberação de sociedade anônima por parte de um sócio, e que não poderia ser mantida ou anulada senão perante todos.

Liebman sustenta, para esse caso, que, rejeitada a ação que objetiva a anulação, a sentença tem como conteúdo simplesmente a declaração da improcedência da ação, ficando aberta aos demais sócios a via processual para impugnar a mesma deliberação. Já o exercício vitorioso da demanda por parte de um sócio atingiria o escopo comum a todos eles, razão pela qual haveria falta de *interesse de agir* para o exercício de outras ações.<sup>4</sup>

A afirmação contida nessa segunda parte – a falta de interesse de agir de outros sócios na mesma ação – é facilmente refutável pois, como bem observou Barbosa Moreira, ao segundo sócio poderia exatamente interessar o resultado oposto ao conseguido no primeiro processo (por exemplo, a declaração da validade da deliberação, que a primeira sentença declarou nula)<sup>5</sup>. Mas a questão é mais profunda: terá razão Liebman, quando afirma que, após a primeira coisa julgada que considerasse válida a assembleia, ficaria aberta a via aos outros sócios, concorrentemente legitimados, para pretender decisão oposta?

Veremos que a doutrina diverge a esse respeito e que alguns ordenamentos deram resposta ao problema em via legislativa. Mas convém lembrar que posteriormente o próprio Liebman pareceu menos seguro de sua posição, no caso de concurso de ações, afirmando que “o estado

---

4 O raciocínio de Liebman, desenvolvido em “Eficácia e autoridade da sentença”, é ampliado em outro estudo, publicado no mesmo volume: “Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...*, cit., p. 228 e ss.), publicado na Itália sob o título “Comentário a uma sentença da Corte de Cass. de 23 de junho de 1936” (*Rivista di Diritto Processuale Civile*, parte II, p. 87, 1937).

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada: extensão subjetiva. In: *Direito processual civil*. Rio de Janeiro, 1971. p. 281 e ss.

da doutrina e da jurisprudência não permite indicações seguras sobre a solução dos diversos problemas”.<sup>6</sup>

#### 4 Litisconsórcio facultativo unitário: a coisa julgada *erga omnes*

Trata-se, na verdade, de casos de litisconsórcio facultativo unitário em que, pela indivisibilidade do objeto da demanda e pela identidade de situações jurídicas dos legitimados, a sentença é necessariamente uniforme para todos os litisconsortes, mas em que, sendo o litisconsórcio facultativo, qualquer titular do direito de ação pode propor autonomamente sua demanda. É a situação de um ato único e indivisível exposto à impugnação de uma pluralidade de sujeitos.

Duas posições disputam a preferência dos doutrinadores: a) a sentença pronunciada na ação proposta por um dos legitimados beneficia ou prejudica a todos os outros; b) a sentença favorável beneficia a todos, ao passo que a que repele a demanda não prejudica o direito de agir dos outros.

Em abono da primeira opinião, cite-se a lição de Chiovenda: “Devendo necessariamente o ato existir, ou não existir com relação a todos que lhe são sujeitos, não pode haver senão uma única decisão, conquanto as ações sejam subjetivamente diversas; a identidade de qualidade ocupa aqui o lugar da identidade de pessoa; a coisa julgada, que se forma em relação a um, exclui a ação dos outros.”<sup>7</sup>

No direito alemão e no direito italiano, as normas legais aplicáveis em tema de ação de anulação de deliberação social por um dos sócios parecem idênticas e, no entanto, a doutrina alemã as interpreta adotando a solução sub “a” (a sentença beneficia ou prejudica a todos), enquanto a doutrina dominante italiana prefere a segunda posição (a sentença favorável beneficia a todos, enquanto a que repele a demanda não prejudica o direito de agir dos outros sócios).

Com efeito, segundo os parágrafos 248 e 249 da lei alemã sobre sociedades por ações<sup>8</sup>, a sentença que anula ou declara a nulidade da

6 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976. v. 3, p. 179.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928. p. 281 e 926; *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, ns. 109 e 135. No mesmo sentido: COSTA, Sergio. *L'intervento coatto*. Padova: CEDAM, 1935. p. 77.

8 *Aktiengesetz*, de 1965.

assembleia geral, promovida por qualquer dos sócios, atinge a todos os demais acionistas, que não tomaram parte do processo. A lei não se manifesta sobre as consequências da rejeição da demanda, em relação aos demais, mas a doutrina, antes e depois dela, costuma entender que a coisa julgada negativa também atua *erga omnes*.<sup>9</sup>

Mas, em sentido contrário, grande parte da doutrina italiana interpreta o artigo 2.377 do Código Civil.

Na redação que lhe foi dada a 1º de janeiro de 2.004, o dispositivo reza que a anulação das deliberações sociais tem efeito em relação a todos os sócios, consagrando a coisa julgada *erga omnes*. A lei, assim como na Alemanha, nada diz sobre a sentença que rejeita o pedido de anulação. Mas a doutrina majoritária italiana tem sustentado que a rejeição da demanda não impede novas impugnações propostas por outros sócios. A posição baseia-se na ideia de que, acolhida a demanda de anulação, o juiz declara o direito potestativo do sócio à desconstituição, ao mesmo tempo que o satisfaz, mediante a eliminação da deliberação em relação a todos aqueles que sofriam seus efeitos (sentença constitutiva). Todavia, em caso de rejeição da demanda, o juiz só declara a inexistência do direito potestativo do sócio à desconstituição, sem apreciar o direito potestativo dos outros sócios, que podem fazer valer em juízo sua pretensão.

Mas a resposta a essa argumentação não é difícil. Sendo igual a causa de pedir, logo se vê que os direitos potestativos de todos os sócios à anulação da assembleia são absolutamente idênticos. E, julgando o direito potestativo de um deles, todos os demais estarão julgados. Nunca é demais lembrar a posição de Chiovenda, supra transcrita: a identidade de qualidade ocupa aqui o lugar da identidade de pessoa e a coisa julgada, que se forma em relação a um, exclui a ação dos outros.

Conclui-se, assim, que, segundo a interpretação da doutrina italiana a respeito do artigo 2.377 do Código Civil, a coisa julgada atuaria *erga omnes* só no caso de sentença favorável.

---

<sup>9</sup> NICKISCH, Arthur. *Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952. p. 439; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955. p. 105; SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1960. p. 96; HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*. Aalen: Scientia, 1968. v. 3, p. 176-177; LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Traduzione di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 312.

Veremos no item seguinte deste trabalho se, nesse caso, é possível falar-se de uma coisa julgada *secundum eventum litis*. Mas o que vale ressaltar, por enquanto – dentro da ideia da extensão da coisa julgada a terceiros – é que a doutrina italiana parece não ter estudado o fenômeno à luz do litisconsórcio facultativo unitário e da indivisibilidade do objeto do processo, ou seja do fenômeno de um ato único e indivisível exposto à impugnação de uma pluralidade de sujeitos, em identidade absoluta de situações jurídicas.

O sistema brasileiro também legitima a ação que objetiva a anulação da assembleia por qualquer dos sócios, mas é omissa em relação à extensão da coisa julgada aos demais sócios, que não participaram da demanda. No entanto, o ordenamento pátrio avançou em matéria de processos coletivos, nos quais é tradicional a extensão *erga omnes* da coisa julgada, seja a sentença favorável ou desfavorável, ressalvada a improcedência por insuficiência de provas. É o que já dispunha, em 1964, a Lei da Ação Popular, que visa a anular ou desconstituir ato praticado pela Administração, ofensivo ao patrimônio público (entendido hoje em sentido lato). Aqui também a legitimidade conferida a qualquer cidadão é concorrente e autônoma, sendo o objeto da demanda indivisível: ou o ato é anulado ou desconstituído para todos, ou não o é. Ainda no ordenamento brasileiro, a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, que tutela interesses ou direitos difusos ou coletivos, de natureza indivisível, com legitimação concorrente e autônoma conferida ao Ministério Público e a diversos entes, escolheu a coisa julgada *erga omnes*, seguindo exatamente o modelo da ação popular. E o caminho completou-se com o Código de Defesa do Consumidor, aplicável à tutela processual de qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo, que prevê, para esses e em face das mesmas circunstâncias (indivisibilidade do objeto e pluralidade de legitimados à ação), a coisa julgada *erga omnes*.

A evolução do instituto da coisa julgada, em seus limites subjetivos, é exatamente essa. Não há como fugir. É a própria natureza das coisas – a indivisibilidade do objeto e a identidade de situações jurídicas – que dá resposta ao problema.

Revedo minha posição anterior<sup>10</sup>, radicada numa postura intransigente de total indiferença à coisa julgada por todo e qualquer tercei-

10 GRINOVER, Ada Pellegrini, Notas, in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 241.

ro, acompanho hoje a posição sempre lúcida de Barbosa Moreira, que demonstra que a extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada que verse sobre bem de natureza indivisível, torna impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas em relação àqueles que, se participassem do juízo, obteriam sentenças uniformes (ressalvada, naturalmente, a hipótese de ações diversas, intentadas com base em outra *causa petendi*).

Assim se manifesta Barbosa Moreira: “Ora, a índole facultativa desse litisconsórcio enseja a instauração de processos sucessivos, mediante a propositura de ações autônomas, com identidade de fundamento e de objeto, por dois ou mais colegitimados. É claríssimo, porém, que as mesmas razões de lógica pelas quais, na hipótese de impugnações simultâneas, só pode ocorrer o acolhimento de todas ou a rejeição de todas, igualmente se opõem a que, no caso de sucessividade, tenham sorte diferente as várias impugnações.”<sup>11</sup>

E mais: “A coisa julgada que se constitua para qualquer dos litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deverá ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos, quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto. Ora, se se admitisse quebra da uniformidade na solução do litígio, de tal sorte que para um, ou para alguns, a decisão viesse a apresentar determinado teor contrário, haveria a consequência absurda de sobrevirem, para cada qual, duas coisas julgadas contraditórias.”<sup>12</sup>

Resta saber se a extensão da coisa julgada a terceiros que não participaram do processo, mesmo para prejudicá-los, afrontaria as garantias constitucionais do devido processo legal e notadamente o contraditório. Com efeito, é esse o fundamento político do princípio da limitação da coisa julgada às partes.

Adotando-se a tese de que o autor, colegitimado à ação, seria substituto processual dos demais sócios, que se encontram na mesma situação jurídica,

---

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Coisa julgada: extensão subjetiva, in *Direito processual civil*, cit., p. 288.

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 26 e 27, reportando-se ao raciocínio de Arthur Nickisch (*Zivilprozessrecht*, cit., p. 439).

o problema ficaria resolvido, uma vez que, na substituição processual, a coisa julgada abrange o substituto e os substituídos. Poder-se-ia argumentar que, nesse caso, não haveria comunhão de interesses entre todos os sócios, pois alguns poderiam ter interesse na anulação, e, outros, na validade da assembleia. Contudo, haverá sempre interesses contrapostos no processo e comunhão de interesses de cada grupo de sócios com uma das partes.

É certo inexistir, no ordenamento brasileiro, lei que autorize o sócio a pleitear, em nome próprio, direito alheio. No entanto, o escolha do artigo 6º do Código de Processo Civil já foi superado pela doutrina que, antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, entendeu que, nas obrigações indivisíveis, haveria de se dar uma interpretação mais elástica ao dispositivo, para vislumbrar a legitimação (extraordinária) à ação coletiva, em razão de ser o interesse, ao mesmo tempo, próprio e alheio: ninguém duvida, foi acrescentado, da legitimidade de qualquer credor para, sozinho, reclamar em juízo a prestação<sup>13</sup>. Com maior razão, portanto, uma operação simples de hermenêutica seria suficiente para entender ser o sócio que pretende a anulação da assembleia substituto processual dos demais, que se encontram na mesma situação jurídica. E, na mesma causa, os sócios interessados na validade da assembleia são substituídos pela parte contrária.

Trata-se simplesmente de observar a natureza das coisas e é exatamente à natureza das coisas que devem se adaptar os princípios e até mesmo as garantias constitucionais.

## 5 A coisa julgada *secundum eventum litis* e os terceiros

A rigor, o conceito de coisa julgada *secundum eventum litis* não tem a ver com os terceiros (sujeitos ou não à coisa julgada, como visto acima), mas diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se, ou não, de acordo com o resultado do processo.

Exemplo clássico da coisa julgada *secundum eventum litis* é a que se forma ou não na ação monitória, dependendo de seu resultado<sup>14</sup>.

13 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual*: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 34.

14 Tenho sustentado, com toda a doutrina italiana e parte da brasileira, que o mandado monitório configura sentença condenatória coberta pela autoridade da coisa julgada.

Acolhida a demanda monitória, a sentença (condenatória) é coberta pela coisa julgada. Mas se, ao contrário, a demanda monitória é rejeitada, a coisa julgada não se forma e a ação pode ser repetida pelo mesmo autor.

Outro exemplo, extraído do ordenamento brasileiro, é o da coisa julgada que ocorre em caso de acolhimento ou rejeição da ação popular ou da ação civil pública, com base nas provas produzidas, mas que não opera quando a demanda é rejeitada por insuficiência de provas, nem mesmo com relação ao autor coletivo.<sup>15</sup>

Contudo, a questão da extensão da coisa julgada a certos terceiros (que levou à coisa julgada *erga omnes*) ficou de algum modo ligada a determinar se essa extensão operaria só *in utilibus* ou também para prejudicá-los. E assim, abandonando o rigor conceitual, acabou por se falar em *coisa julgada erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, para indicar os terceiros que são colhidos pela coisa julgada de acordo com o teor da sentença.

Explique-se: voltando ao exemplo do direito italiano exposto no item 4 deste trabalho, a rigor, o que ocorre, segundo a doutrina, é que todos os sócios, terceiros que não participaram da demanda, são colhidos pela coisa julgada só em caso de anulação da deliberação. Não se poderia falar propriamente, nesse caso, de coisa julgada *secundum eventum litis*, pois não se trata das partes.

O mesmo ocorre com os credores ou devedores solidários: qualquer um pode demandar e a lei italiana, assim como a brasileira, cuida de estender a coisa julgada a todos os demais, que não participaram do processo, somente *in utilibus*. Observe-se, em primeiro lugar, que essa hipótese não se confunde com o caso das obrigações solidárias, porquanto aqui o objeto da demanda não é indivisível e a situação jurídica dos devedores ou credores solidários não é incindível. Outra particularidade que distingue a situação entre credores ou devedores solidários é que, mesmo que haja coisas julgadas contraditórias,

---

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Liticonsórcio unitário*, cit., p. 148, nota 57. Assim escrevi também: A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 12, 1978. Contra: SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo, 1968, p. 273, que entende, a meu ver sem razão, ficar impedido à nova ação, pelo mesmo fundamento, quem já foi parte.

poderá haver, quando muito, conflito lógico, mas não conflito prático entre as mesmas.<sup>16</sup>

O artigo 1.306 do Código Civil italiano prevê expressamente, para esse caso, que a extensão da coisa julgada a terceiros depende do conteúdo da sentença: ou seja, a sentença proferida em relação ao credor e um dos devedores solidários, ou entre o devedor e um dos credores solidários, favorece os demais, se favorável (ressalvadas as exceções pessoais), mas não os prejudica, se desfavorável.

A mesma solução é encontrada no direito brasileiro, a teor do artigo 274 do Código Civil, mais um exemplo de extensão da coisa julgada a terceiros, segundo o resultado do processo. Extensão da coisa julgada a terceiros, *secundum eventum litis*, portanto. Ainda não se encontrou expressão melhor para a descrição desse fenômeno e para distingui-lo da verdadeira coisa julgada *secundum eventum litis*, que interessa às partes.

## 6 Referências

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene.

\_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928.

COSTA, Sergio. *L'intervento coatto*. Padova: CEDAM, 1935. (Studi di Diritto Processuale).

GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores a ed. de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 12, p. 111, 1978.

HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*. Aalen: Scientia, 1968. v. 3.

<sup>16</sup> Insiste Barbosa Moreira sobre a diferença entre o conflito prático entre coisas julgadas, que deve ser absolutamente banido do processo, e o conflito meramente lógico, que pode ser absorvido pelo ordenamento, para evitar um mal maior (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Litisconsórcio unitário*, cit., p. 145).

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Traduzione di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores a ed. de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976. v. 3, p. 179.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada: extensão subjetiva. In: \_\_\_\_\_. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 281 e ss.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a “efetividade” do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NICKISCH, Arthur. *Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955. 3 v.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la 5. ed. alemana por L. Pietro Castro, Jose M. Cabrera Claver y Victor Fairen Guillen. Barcelona, Bosch, 1960.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo, 1968.



# Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário

André Luiz dos Santos Nakamura<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1 Constituição aberta. 2 Os princípios. 3 A ponderação de princípios constitucionais. 4 A razoabilidade. 5 A proporcionalidade. 5.1 As três regras de aplicação da proporcionalidade. 5.1.1 A adequação. 5.1.2 A necessidade. 5.1.3 A proporcionalidade em sentido estrito. 6 Os limites da atuação do Poder Judiciário na interpretação constitucional. 6.1 Os limites da atuação jurisdicional no controle da Administração. 6.1.1 A razoabilidade e a proporcionalidade como forma de controle da discricionariedade. 6.1.2 A finalidade do ato como meio de controle jurisdicional. 6.2 Os limites da atuação jurisdicional e o respeito ao legislador: o ativismo judicial. 6.2.1 Os limites da atuação do Judiciário no controle difuso. 6.2.2 Os limites da atuação do Judiciário no controle concentrado. Conclusão. Referências.

---

## Introdução

A Constituição de 1988, como as demais Constituições do final do século passado, é aberta, ou seja, um diploma jurídico no qual predominam princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Consequentemente, ao intérprete acaba resultando uma ampla margem de liberdade. A hermenêutica tradicional se mostra inútil diante de

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado Chefe da 2ª Subprocuradoria do Patrimônio Imobiliário. Mestrando em Direito Administrativo na PUC-SP, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

um sistema jurídico aberto, formado predominantemente por princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

A ponderação de princípios conflitantes se mostra imprescindível à nova hermenêutica constitucional. A razoabilidade e a proporcionalidade são essenciais para guiar o intérprete no procedimento de ponderação.

Entretanto, o Poder Judiciário pode, em virtude do caráter aberto do ordenamento constitucional, se transformar em um superpoder, interferindo nos rumos políticos do país e usurpando a função do administrador e do legislador, razão pela qual se faz necessário o estudo dos limites da atuação do juiz.

## 1 Constituição aberta

A Constituição de 1988 é estruturada por regras e princípios, alguns implícitos e outros explícitos. Trata-se de aplicação da ideologia do pós-positivismo, a qual entende que a Constituição não pode ser somente um conjunto de regras, e sim um conjunto de regras e princípios, formando um sistema aberto, no qual a realização dos direitos fundamentais é a meta e o objetivo fundamental do constituinte.<sup>2</sup>

O positivismo propôs que a justiça é um pseudoproblema<sup>3</sup>. O seu conceito seria movediço, não existindo uma definição objetiva do que seria o justo; portanto, o direito deveria se apartar da noção de moral

2 Ensina Luiz Roberto Barroso: “[...] nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.” (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353).

3 “Em primeiro lugar, os neopositivistas ou neoeempiristas consideram que não se pode dizer que a procura do fundamento do Direito corresponda a um problema: a justiça é antes um aspiração emocional, suscetível de inclinar os homens segundo diversas direções, em função de contingências humanas de lugar e de tempo. Sendo impossível decidir-se por qualquer delas com base em dados verificáveis, a justiça é, do ponto de vista da ciência, um pseudoproblema, o que não impede que, do ponto de vista da Moral, seja uma exigência de ordem prática, de natureza afetiva ou ideológica.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 370).

e justiça<sup>4</sup>, valendo por si mesmo, independentemente de seu conteúdo ético. A validade de uma norma jurídica adviria da validade de norma superior que lhe daria fundamento jurídico e não de seu conteúdo, que poderia ser justo ou injusto, conforme ensinamento de Hans Kelsen:

“Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe *uma única* Moral válida – que é, portanto, *absoluta* – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele eventualmente a concordar de facto, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se pressuponho a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom [...] a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e ‘a’

---

4 “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito [...]. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo facto de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo facto de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 93-94).

Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.”<sup>5</sup>

Assim, pelo que percebemos da lição de Kelsen, o positivismo não negava que o direito deveria ser justo<sup>6</sup>, muito pelo contrário. A ideia de que o direito deve ser justo nunca foi contestada pelo positivismo. Foi constatado que não existe uma única moral, uma noção única de justo. Há várias noções do que é moral e várias noções de justiça<sup>7</sup>. O direito, assim, deve ser justo e moral, o que não significa que todas as modalidades de moralidade e justiça sejam necessariamente acobertadas pelo direito vigente e que esse fato lhe retire a validade.<sup>8</sup>

O positivismo, apesar de não pregar um direito injusto, proporcionou as condições para que se instasse um direito totalmente desprovido

5 KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 104.

6 “Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de facto *existe* entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que *deve* existir entre os dois sistemas de normas [...] o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo – , mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita que a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, deve ser justo.” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 99-100).

7 “Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos actos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 104-105).

8 “E, mesmo que se pudesse determinar um elemento comum a todos os sistemas morais até aqui vigentes, ainda assim não haveria razão suficiente para não considerar como ‘moral’ ou ‘justa’ e, portanto, para não considerar como Direito, uma ordem de coacção que não contivesse aquele elemento e prescrevesse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como boa ou justa, ou proibisse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como má ou injusta. Com efeito, quando se não pressuponha qualquer *a priori* como dado, isto é, quando não se pressuponha qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também que aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa.” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 102).

da ética e da moral. Houve uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico e a pretensão de igualar a ciência jurídica às ciências naturais<sup>9</sup>, o que não é possível, visto que o direito se destina a regular os comportamentos humanos e estes não se explicam pelas leis da natureza.

A ideia de um direito extremamente formal, sem considerar seu conteúdo ético, propiciou que regimes totalitaristas chegassem ao poder de acordo com a estrita legalidade então existente<sup>10</sup>. A Segunda Guerra Mundial mostrou ao mundo os regimes nazistas e fascistas que, em nome da legalidade, promoveram barbáries de toda ordem. Tal fato levou a repensar o direito, que não poderia ser algo somente formal, devendo, sim, buscar sua validade na moral e na justiça. Nesse sentido, Ricardo Martins Marcondes:

“A premissa de Kelsen é outra: além dos valores serem relativos, a própria moral é relativa e essa relatividade é absoluta. Ele, pode-se dizer, *absolutizou a relatividade dos valores*. Além de relativos, os valores seriam todos *subjetivos* [...]. Diante disso, o *agente normativo* é livre para escolher e, efetuada a escolha, o *aplicador do Direito* deve, sempre, tão somente ater-se à escolha positivada. Eis a proposta de Kelsen: uma separação radial entre a moral e o Direito [...]. Pela premissa kelseniana, o que foi feito com o povo

---

9 “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” (BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 350-351).

10 “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 351).

judeu pode ser considerado moral ou imoral, dependendo do juízo político de quem edita a lei. Como não existe uma moral impositiva, os campos de concentração, dependendo do ponto de vista adotado, podem ser considerados compatíveis com a moral, tudo depende do pluralismo, do juízo político de cada um.”<sup>11</sup>

Em reação, começou-se a pensar o direito não somente como norma. O direito foi visto não somente como a totalidade das leis, e sim como um produto derivado dos princípios gerais de direito contidos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico. Elas, se injustas, contrariam o direito e não têm validade perante ele. Tal entendimento foi manifestado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

“A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do Estado de Direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, § 3). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é a tarefa da jurisprudência.”<sup>12</sup>

Uma norma injusta não pode ser considerada válida, mesmo que estabelecida em conformidade com o ordenamento jurídico. Segundo Alexy, “o pressuposto da validade jurídica de uma norma individual é

11 MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 306-307.

12 BVerfGE 34, 269 (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 10).

que ela apresente um mínimo de justificabilidade moral”<sup>13</sup>. O positivismo, assim, perdeu seu espaço, dando lugar ao *pós-positivismo*. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso:

“O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”<sup>14</sup>

As normas jurídicas injustas existem no mundo jurídico, desde que a injustiça não seja intolerável, desde que o resultado da ponderação não seja aberrante em relação ao equilíbrio ótimo exigido pelo direito, ou ainda desde que elas não violem o núcleo essencial dos direitos humanos básicos.<sup>15</sup>

Houve, assim, novamente, o encontro do direito com a ideia de justiça. Há o entendimento de que a garantia de acesso à justiça significa o acesso a uma ordem jurídica *justa*.<sup>16</sup>

Atualmente, portanto, a justiça da decisão é um fator de grande importância para a legitimidade da lei e da função jurisdicional. Todos os valores protegidos pelo ordenamento jurídico pressupõem a busca da justiça, como condição de existência deles, conforme lição de Miguel Reale:

“Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranquilidade, saúde,

13 ALEXY, Robert, *Conceito e validade do direito*, cit., p. 111.

14 BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 351-352

15 MARTINS, Ricardo Marcondes, *Princípio da moralidade administrativa*, cit., p. 316.

16 “A garantia constitucional da inafastabilidade da atuação do Judiciário nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direito não assegura, por si só, a justiça da tutela jurisdicional por ele representada. Sem dúvida sustenta-se que tal garantia propicia não apenas o acesso a uma prestação jurisdicional, como também a uma ordem jurídica justa, que deriva do próprio sistema. Destarte as decisões judiciais nos casos concretos deveriam convergir para essa mesma ordem, prestigiando o justo na solução de conflitos individuais e coletivos.” (ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, edição especial, p. 64, jan./dez. 2003).

conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da *ordem* e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio [...] a nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a *condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham.”<sup>17</sup>

Nesse novo cenário, surgiram as Constituições do final do século passado, entre as quais se inclui a Constituição Federal de 1988.

Os ordenamentos tipificadores do discurso constitucional do fim do século passado, notadamente os editados a partir da década de 70, caracterizam-se por uma extrema abertura do ponto de vista material. Tal fenômeno retrata a assimilação pelos estatutos supremos da tormentosa complexidade das relações sociais nesse fim de século.<sup>18</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as Constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da dignidade da pessoa humana universalizou-se como um polo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional democrático.<sup>19</sup>

O próprio constituinte brasileiro de 1988, com a oportuna inspiração nas Constituições sociais democráticas do século anterior, inscreveu o postulado da dignidade dentre os fundamentos da organização nacional. Pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.<sup>20</sup>

17 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 371.

18 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.

19 *Ibidem*, p. 16.

20 *Ibidem*, p. 19.

O fenômeno da abertura constitucional ou da constitucionalização em aberto, que assinala o constitucionalismo pós-moderno, radica, assim, fundamentalmente – embora com carência de especificações temáticas predefinidas – no cânone da dignidade e da expansão ilimitada da personalidade humana, alçado em forja central da eclética e difusa produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea.<sup>21</sup>

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina a doutrina que:

“A ideia de um sistema de direitos fundamentais, contraposto ao sistema organizatório da Constituição, exprimiria uma concepção dual, corolário de uma teoria de separação entre o Estado e a sociedade, que considera tarefa primordial da Constituição a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um ‘sistema fechado’ de garantias da vida privada [...]. Essa concepção corresponderia à visão liberal do indivíduo, da sociedade e do Estado, e não seria hoje defensável, dado que não tomava em conta o alargamento da esfera política, a interpenetração entre o Estado e a sociedade e a integração dos indivíduos no processo político comunitário, que conferem aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, enquanto elementos da democracia ou instrumentos para construção de uma sociedade mais justa e livre [...]. A consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem hoje uma intenção específica: explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na Constituição de cada Estado concreto. Ideia de homem que no âmbito da nossa cultura se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>22</sup>

A ênfase emprestada nas últimas décadas à problemática dos direitos fundamentais do homem faz com que a legitimidade das ordens

21 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 21.

22 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 82-85.

jurídicas nacionais seja medida pelo grau de respeito e de implementação dos respectivos sistemas protetores dos direitos humanos, radicados essencialmente na premissa da dignidade.<sup>23</sup>

Segundo Pablo de Lucas Verdú, a abertura constitucional quer dizer que as Constituições atuais dos Estados democráticos se abrem a novos conteúdos, tanto normativos (direito canônico, direito comunitário) como extranormativos (usos e costumes, normas de correção constitucional), como metanormativos (valores e postulados morais e de justiça material, valores socioeconômicos). O Estado e sua Constituição são realidades culturais, vitais, dinâmicas, os direitos fundamentais são criações de valores prévios, para cuja compreensão é necessário um tratamento sociocultural que, sem negar as dimensões normativo-institucionais, expliquem satisfatoriamente o dinamismo vital-social que as anima e fundamenta. A abertura constitucional, como a sociedade aberta, enquanto se consideram manifestações do espírito democrático, implicam a relação de ambas com a publicidade, o pluralismo, a alternância do poder e a tolerância, valores fundamentais de uma democracia.<sup>24</sup>

A Constituição aberta não se confunde com o fenômeno da abertura das regras constitucionais. São dois níveis diferentes do fenômeno da abertura constitucional. Segundo Canotilho:

“A abertura das normas constitucionais confunde-se, por vezes, com a abertura da constituição. São, porém, conceitos diferentes. Se se preferir, são dois diferentes níveis: (1) abertura horizontal, para significar a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional; (2) abertura vertical, para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se abrem à mediação legislativa concretizador [...]. A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma delegação relativa aos órgãos concretizadores; a densidade, por sua

23 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 23.

24 LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus “enemigos”*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Ediciones Beramar, 1993. p. 11, 16-17 e 28.

vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação.”<sup>25</sup>

Assim, o fenômeno da abertura constitucional é o oposto do modelo do constitucionalismo liberal, qual seja, aquele sistema fechado de garantia das autonomias privadas. A Constituição aberta recebe novos conteúdos, tanto normativos (direito comunitário) como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais). O sistema formado pela Constituição aberta, fundado na dignidade da pessoa humana, ultrapassa a concepção de direitos subjetivos; nesse sistema, os direitos fundamentais são o núcleo de todo o ordenamento jurídico e funcionam como critério de interpretação das normas jurídicas. Segundo Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação dos poderes”.<sup>26</sup>

## 2 Os princípios

As regras, justamente por serem disposições expressas, encontram-se à imediata disposição do intérprete e, bem por isso, não apresentam qualquer dificuldade de serem localizadas. De extrema importância, isto sim, é desvendar os princípios acolhidos no sistema e que se encontram vazados em diversas normas. Os princípios compõem o equilíbrio do sistema e determinam a unidade e racionalidade do ordenamento jurídico.<sup>27</sup>

Os princípios servem de base e fundamento de todo o ordenamento jurídico; são diretrizes hermenêuticas de aplicação das normas e, na falta destas, serão a última fonte do direito; têm a tríplice função de fundamento, interpretação e integração, assim como de limite aos direitos subjetivos.<sup>28</sup>

Os princípios são usados pelas Constituições porque existe indeterminação acerca do conteúdo e limites das restrições substantivas que

---

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 194-195.

26 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520.

27 No mesmo sentido, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 86.

28 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 81.

precisam ser respeitadas pelo Estado. Formula-se o princípio porque a maior indeterminação permite uma maior aceitação por parte dos destinatários da norma e também porque não se sabe definir com maior precisão uma determinada conduta esperada ou valor protegido, sem correr o risco de se comprometer com regras nas quais a aplicação estrita levaria a circunstâncias incapazes de serem previstas de antemão.<sup>29</sup>

O conceito de princípios jurídicos passou por três fases distintas na história da ciência do direito: na primeira, os princípios eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes; na segunda, adquiriram significado técnico, princípios deixaram de ser todo assunto importante e geral e passaram a ser determinados enunciados do direito positivo, dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema; na terceira, são normas jurídicas autônomas, os mandados de otimização.<sup>30</sup>

Chamamos de princípios as normas que carecem ou que preveem de um modo fragmentário o suposto de fato ou condição de aplicação, como sucede com a igualdade e com muitos direitos fundamentais. Também são princípios as chamadas diretrizes ou mandados de otimização, que se caracterizam não por sua incondicionalidade, mas por sua particular fisionomia de dever que incorporam, consistentes em seguir certa conduta finalista, que pode ser realizada em distinta medida<sup>31</sup>. Princípio jurídico é uma norma abstrata, mais geral do que a lei, positivada expressamente ou não<sup>32</sup>, decorrente do ordenamento jurídico, dando a ele uniformidade e coesão, sendo vinculante<sup>33</sup> aos operadores do direito.

---

29 BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 415.

30 MARTINS, Ricardo Marcondes, Princípio da moralidade administrativa, cit., p. 321-322.

31 PIETRO SANCHIS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 225.

32 Ver conceito de princípio dado por Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38).

33 Roque Antonio Carraza conceitua o princípio jurídico como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.” (*Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39).

Uma das diferenças entre regra e princípio é o grau de abstração. Este é mais abstrato do que aquela. A generalização existente nos princípios é maior do que a existente nas regras, por introduzirem valores ou metas a serem atingidas, servindo como norte de interpretação. As normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-disposições. As normas-disposições têm um conteúdo semântico mais denso e aplicabilidade mais restrita. Já as normas-princípios têm carga semântica menor, mas possuem área de atuação muito maior e força valorativa que influem em inúmeras regras<sup>34</sup>. Entretanto, o ponto crucial da distinção entre as regras e *princípios* é que estes são *mandamentos de otimização*, ou seja, são satisfeitos em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Já *as regras são determinações*, ou seja, são sempre satisfeitas ou não. As regras são aplicadas ou não, sendo ineficazes se não o forem; os princípios podem não ser aplicados, e mesmo assim são eficazes. Assim, a distinção entre princípios e regras é qualitativa, e não uma distinção de grau. Nesse sentido, Robert Alexy:

“[...] *princípios* são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes [...] já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.”<sup>35</sup>

Os princípios existem independentemente de seu reconhecimento legal e jurisprudencial. Caso um princípio seja positivado, continua a

34 No mesmo sentido do afirmado: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

ser um princípio, sendo também regra. Assim, os princípios não têm a sua vigência afetada pela derrogação de normas que os hajam consagrado expressamente.<sup>36</sup>

Como diretriz hermenêutica, os princípios ocasionam as seguintes consequências: as indeterminações normativas que possam surgir ante as diversas possibilidades de aplicação das normas concretas hão de se direcionar no sentido mais concordante com o princípio. Quando as normas estão redigidas com palavras claras e precisas, se imporá uma interpretação crítica ou corretiva, a fim de haver a concordância com o princípio: a interpretação será extensiva se a disposição se expressa em termos excessivamente restritos, e há de ampliar-se a letra da lei para que compreenda toda a extensão que o princípio exija; a interpretação será restritiva se a disposição se expressa em termos excessivamente amplos e é necessário reduzir o alcance da letra do texto para que compreenda somente o que for congruente com o princípio.<sup>37</sup>

As regras, constitucionais ou infraconstitucionais, são normas que estabelecem o meio para atingir os fins exigidos pelos princípios. Todas as regras concretizam princípios.<sup>38</sup>

Segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, alguns princípios são categoriais em relação a outros, de significado mais restrito, porque abrangentes de alguns institutos apenas. Eles desempenham função categorial relativamente a outros mais particularizados que os anteriores. Assim se processa uma cadeia descendente de princípios e categorias, até os níveis mais específicos. Alguns alicerçam todo o sistema; outros, deles derivados, dizem respeito ora a uns, ora a outros institutos, interligando-se todos, não só em plano vertical, como horizontal, formando uma unidade a que chamamos regime.<sup>39</sup>

Deve-se ressaltar que ao jurista somente interessam os princípios consagrados pelo sistema normativo. Não interessam as

---

36 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, cit., p. 81-82.

37 *Ibidem*, p. 86.

38 MARTINS, Ricardo Marcondes, *Princípio da moralidade administrativa*, cit., p. 311.

39 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 86.

realidades substanciais ou infraestruturais que determinaram, em nível pré-jurídico, a opção do legislador constituinte e ordinário.<sup>40</sup>

### 3 A ponderação de princípios constitucionais

A Constituição gravita em torno de um sistema de regras e princípios. Interpretar uma regra não é o mesmo que interpretar um princípio ou apelar para um valor. É uma operação mais delicada e complexa. Os princípios são entidades vizinhas aos valores morais e devem ser sopesados e ponderados, quando entram em conflito ante um caso.<sup>41</sup>

As normas materiais da Constituição, que impregnam ou irradiam sobre o conjunto do sistema, concorrem de modo simultâneo e ocasionam conflitos sobre os casos concretos, sem que exista entre essas normas uma ordem de primazia ou uma especificidade.<sup>42</sup>

Os intérpretes das normas constitucionais se fundam na solidez de seus argumentos, que não se encontram na própria Constituição. Os seus componentes materiais não se expressam em enunciados cuja referência seja clara, ou cujo conteúdo seja preciso. Abundam conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas abertas, princípios formais e materiais e valores, o que gera um grau de abstração extremamente alto. Resulta ser extremamente difícil afirmar que tais normas possam encontrar seu alcance e referência dentro do mesmo texto constitucional. Isso mostra que o raciocínio jurídico não é uma forma especial de raciocínio geral e que não pode diferenciar-se de certos tipos de argumentação moral. O raciocínio constitucional não pode evitar ser uma espécie de raciocínio moral e político ao mesmo tempo.<sup>43</sup>

O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais

---

40 Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 87.

41 Conforme lição de: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 35.

42 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 230.

43 Ver: LAPORTA, Francisco J. (Ed.), *ob. cit.*, p. 36.

para a compreensão do que para a razão lógica na aplicação da lei. Surge uma nova hermenêutica.<sup>44</sup>

A regra enuncia uma conduta a ser seguida. O princípio é o resultado de uma escolha do constituinte que elegeu um valor a ser perseguido. À regra se aplica a subsunção de um fato. Ao princípio se aplica uma generalidade de fatos. Os critérios normalmente usados para resolver as antinomias entre regras são bem conhecidos: o hierárquico (norma superior revoga a inferior), o cronológico (norma posterior revoga a anterior) e o da especialidade (a lei especial revoga a geral). Os dois primeiros critérios não são aplicáveis quando a antinomia se produz dentro de um mesmo documento legislativo. Também o critério de especialidade, em certas ocasiões, pode resultar insuficiente, quando não se torna possível estabelecer um critério de especialidade entre as normas. Para interpretar os princípios, esses critérios são inúteis.

Existem dois tipos de antinomias: a antinomia contingente (ou em concreto), que ocorre quando, em um determinado momento, não se pode cumprir dois comandos legais, visto que são contraditórios (em uma dada situação, duas normas distintas impõem obrigações que se mostram impossíveis de serem simultaneamente cumpridas, como o dever de comparecer em uma audiência no horário e o dever de ajudar alguém em perigo que é encontrado no caminho de ida para a audiência). Já a antinomia em abstrato ocorre quando os supostos de fato descritos pelas normas conflitantes se superpõem conceitualmente, de tal forma que, sempre que se pretende aplicar uma, nascerá um conflito entre elas<sup>45</sup>. Nesse último caso, necessária se faz uma interpretação constitucional totalmente distinta da dogmática interpretativa tradicional. Conforme lição de Paulo Bonavides, “a dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui pouco ou nenhuma serventia”<sup>46</sup>. Quando há colisão de princípios antagônicos, eles devem ser ponderados.<sup>47</sup>

44 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 544.

45 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 221-224.

46 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 543.

47 No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 564.

A necessidade de ponderar os princípios decorre do fato deles se mostrarem, em certas situações, antagônicos<sup>48</sup>. As várias diretrizes apontadas por eles podem se mostrar conflitantes. E, como não há hierarquia entre princípios, um deles, no caso concreto, deverá ceder espaço a outro, sem que haja a declaração de invalidade do princípio preterido naquela situação específica<sup>49</sup>. O critério da *urgência*<sup>50</sup> pode ser determinante para a escolha do princípio que deverá prevalecer no caso concreto: em dada situação urgente, se um princípio não for o escolhido como o prevalente, o valor por ele albergado tornar-se-á totalmente sacrificado, sem possibilidade de reparação. Os conflitos ou antinomias se caracterizam: 1) porque não existe uma definição dos supostos de fato das normas, de maneira que é impossível catalogar em abstrato os casos de possíveis conflitos, como ocorre com a igualdade ou com os direitos fundamentais; bem porque, ainda quando podem ser identificadas as condições de aplicação, se trata de mandados que ordenam observar uma conduta na maior medida possível, sendo que, assim, a determinação do exigível depende da concorrência de outros princípios ou mandados; 2) porque, dada a natureza constitucional dos princípios em conflito e ao próprio caráter deles, a antinomia não pode ser resolvida mediante a declaração de invalidez de alguma das normas, tampouco concebendo-se uma delas como exceção da outra; 3) porque, em consequência, quando na prática se produz uma dessas contradições, a solução pode consistir no triunfo de uma das normas, bem como na busca de uma solução que busque satisfazer a ambas, porém sem pretender que em outros casos de conflito o resultado tenha que ser o mesmo.<sup>51</sup>

---

48 Sobre o antagonismo existente entre o princípio da segurança jurídica e a princípio da justiça das decisões judiciais, ver: ARMELIN, Donald, *Flexibilização da coisa julgada*, cit., p. 47.

49 Sobre a ponderação, ver: BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 353-354.

50 Sobre a urgência como critério definidor do princípio que deve ter prevalência, ensina Eduardo Talamini que “diante da impossibilidade de se chegar a um ‘denominador comum’ para a conciliação de dois ou mais valores conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer; quais são os mais ‘urgentes e fundamentais’ no caso concreto. Mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem que prevalece.” (*Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 566).

51 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 228.

Ponderar é buscar a melhor decisão, quando na argumentação concorrem razões justificatórias conflituosas e de mesmo valor. No caso concreto, deve triunfar uma das razões em conflito, sem que isso implique que em outro caso não deva triunfar a contrária. A ponderação intenta ser um método para fundamentação desse enunciado, de preferência referido ao caso concreto; um auxílio para resolver conflito entre princípios do mesmo valor ou hierarquia, cuja regra constitutiva pode formular-se assim: quando maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação de outro.<sup>52</sup>

A vantagem da ponderação reside em estimular uma interpretação em que a relação entre as normas constitucionais não é uma relação de independência ou de hierarquia, sim de continuidade de efeitos recíprocos. A necessidade de ponderação parte do pressuposto de que não existem hierarquias internas na Constituição, ou seja, os distintos princípios carecem de um peso autônomo e diferenciado e somente possuem uma vocação de máxima realização que seja compatível com a máxima realização dos demais.<sup>53</sup>

Os princípios se caracterizam por nunca serem mutuamente excluídos no plano abstrato; suas eventuais contradições não resultam na declaração de invalidez de um deles, nem tampouco na formulação de uma cláusula de exceção em favor de outro, e sim no estabelecimento caso a caso de uma relação de preferência condicionada, de maneira que, em certas ocasiões, triunfará um princípio e, em outras, o seu contrário.<sup>54</sup>

O procedimento para a ponderação deve ser assim realizado: cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; após, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; e, por fim, deve decidir, analisando os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso; também deve decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por

---

52 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 233.

53 Ibidem, p. 234.

54 Ibidem, p. 231.

ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo procedimento deve ser guiado pela aplicação do princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.<sup>55</sup>

A ponderação é regrada por dois postulados fundamentais: o da razoabilidade e o da justiça. Pelo primeiro, a solução deve ser compatível com a razão, com o que a esmagadora maioria das pessoas considera aceitável, com o consenso social vigente; na falta de um conceito social, o sistema considera razoável a opinião do agente competente; pelo segundo, a solução deve consistir na *harmonização perfeita* dos valores envolvidos, deve ser *justa*. O segundo postulado prepondera sobre o primeiro, o consenso social e, na falta dele, a opinião do agente competente, podem ser afastados se considerados injustos.<sup>56</sup>

Os valores que são preteridos no caso concreto devem sê-lo na intensidade e medida imprescindíveis à defesa do valor eleito como o prioritário<sup>57</sup>. Qualquer afastamento de um princípio constitucional em intensidade e quantidade não necessárias para fazer valer o princípio eleito no caso concreto como o prevalecente será inconstitucional. Assim, a ponderação de princípios deve ser usada com muita cautela, somente em situações excepcionais, e sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade e necessidade.

#### 4 A razoabilidade

Conforme vimos no item anterior, o procedimento de ponderação é guiado pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

Segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a Administração, mesmo na atuação discricionária, não pode agir desarrazoadamente,

---

55 No mesmo sentido: BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 361-362.

56 MARTINS, Ricardo Marcondes, Princípio da moralidade administrativa, cit., p. 312.

57 Eduardo Talamini afirma que “a *ponderação* propriamente dita deve ser conjugada com as outras duas diretrizes, da *adequação* e da *necessidade*: o prejuízo do bem jurídico (que não irá prevalecer no caso concreto) não deve ir mais além do que requer o fim aprovado (a consecução do valor jurídico que irá prevalecer).” (*Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 605).

de maneira ilógica e incongruente. Não pode o administrador ter condutas insensatas. O princípio da finalidade é descumprido quando o administrador tem uma medida discrepante do razoável.<sup>58</sup>

A regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. Para ser desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo.<sup>59</sup>

O Supremo Tribunal Federal<sup>60</sup> confunde os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. Fundamenta a incidência dos dois conceitos no artigo 5º, LIV, no chamado devido processo legal substancial. A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. A primeira exigência (compatibilidade entre o meio e o fim) é a razoabilidade interna; a segunda (legitimidade dos fins) é a razoabilidade externa. O conceito de razoabilidade corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é mais ampla do que a razoabilidade.<sup>61</sup>

## 5 A proporcionalidade

Proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) é uma técnica de limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados.<sup>62</sup>

Em 1791, Svarez, em conferência proferida diante do rei da Prússia, Friederich Wilhem, propôs como princípio fundamental do direito público que o Estado só está autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos, e daí deduziu o princípio fundamental

58 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 75.

59 SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 26-31, abr. 2002.

60 ADI n. 1407-2.

61 Ver: SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 31-33.

62 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 255.

do “direito de polícia” (*PolizeiRecht*), ou, como hoje se diria, “direito administrativo”. Em 1802, Von Berg empregou o termo *Verhältnismäßigkeit*, proporcional, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade do indivíduo em virtude da atividade policial, referindo-se à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. Tal princípio, que se limitava ao chamado poder de polícia, passou a ser aplicado a todo o direito administrativo. Após, houve a transposição de tal princípio a todo o direito público, partindo-se da premissa de que o legislador está obrigado a observar a proporcionalidade na sua atividade de produção legislativa.<sup>63</sup>

Conforme lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a lei outorga competências visando a um determinado fim; toda demasia, todo excesso desnecessário ao atendimento desse fim é uma superação do escopo legal. A providência mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atender ao interesse público é inválida, por transbordar a finalidade legal da norma.<sup>64</sup>

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada nos casos em que um ato estatal destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo implica a restrição de outro direito fundamental.<sup>65</sup>

O princípio da proporcionalidade é essencial na resolução do problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma equitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessária não só a existência de normas para pautar essa atividade – e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito) –, como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulador, no sentido kantiano, para se ponderar até que ponto se vai dar

---

63 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípio da proporcionalidade e devido processo legal, cit., p. 256-260.

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 76.

65 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 24.

preferência ao todo ou às partes, o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser assim chamada.<sup>66</sup>

Segundo Virgílio Afonso da Silva, o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio porque não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Seria uma regra e o termo mais adequado seria regra da proporcionalidade<sup>67</sup>. Há, entretanto, quem tenha o entendimento de que se trata de um princípio, visto que não poderia ser uma regra, porque não há previsão da proporcionalidade em nossa Constituição e não se pode admitir uma regra implícita.<sup>68</sup>

Proporcionalidade não se limita à proibição do excesso. A regra da proporcionalidade é um instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, mas também vem se firmando como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais.<sup>69</sup>

O princípio da proporcionalidade é subsidiário: somente é aplicado quando não existirem dúvidas sobre a legalidade dos fins e dos meios do ato. Somente quando os demais instrumentos do ordenamento jurídico não tiverem resultado negativos para o ato é que se deve utilizar a proporcionalidade, bem como nos casos em que se faz necessário, como na discricionariedade.<sup>70</sup>

O princípio da proporcionalidade é um instrumento destinado a controlar o exercício do poder discricionário pela Administração Pública, bem como para guiar a ponderação de princípios. Porém, não se exclui a possibilidade do uso do princípio da proporcionalidade em atos regrados, quando eles tenham resultados tão arbitrários que não sejam capazes de passar no teste de adequação, por não haver

---

66 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípio da proporcionalidade e devido processo legal, cit., p. 261-263.

67 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 26.

68 Nesse sentido, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago, ob. cit., p. 268-269.

69 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 27.

70 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 310.

coerência entre os fins e os meios. Nesse caso, porém, não é o ato que será objeto de controle, e sim a norma que estabeleceu a competência vinculada.<sup>71</sup>

O juízo de proporcionalidade somente se realiza em atos restritivos de direitos. Não cabe em atos ampliativos de direitos, em relação aos atos de particulares, e nem nos casos de conflitos interadministrativos.<sup>72</sup>

O juízo de proporcionalidade é relativo. Não gera normas jurídicas, e sim regras de prevalência condicionada aplicáveis a casos futuros similares.<sup>73</sup>

### **5.1 As três regras da proporcionalidade**

Há a subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A análise da adequação precede a da necessidade que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>74</sup>

Se houver a reprovação no primeiro dos três testes, não se vai ao teste seguinte. Se o ato for inadequado, não se analisa a necessidade. Somente se o ato for adequado e necessário parte-se para a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

O Tribunal Constitucional alemão aplica as três regras da proporcionalidade:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não

---

71 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 310-311.

72 Ibidem, p. 312-313.

73 Ibidem, p. 314.

74 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, cit., p. 33-34.

prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”<sup>75</sup>

Segundo Guerra Filho: “Pode-se dizer que uma medida é *adequada*, se atinge o fim almejado; *exigível*, por causar o menor prejuízo possível; e, finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”<sup>76</sup>

Vamos ver, separadamente, cada uma das três regras da ponderação.

### 5.1.1 A adequação

Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Assim, uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado. Uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.<sup>77</sup>

O ato deve ser um meio coerente com o fim perseguido. Esse teste apenas averigua a idoneidade do meio, não entrando no mérito de ser mais ou menos idôneo. Trata-se de uma análise de manifesta inadequação; caso contrário, abrir-se-ia uma discricionariedade ao juiz, pois todas as medidas administrativas são passíveis de serem criticadas.<sup>78</sup>

Para avaliar a adequação, faz-se necessária a análise fática da eficácia da medida da Administração. Para tanto, deverão se fazer

75 BVerfGE 30, 292 (316). No original: “Die Mittel, die der Gesetzgeber tätig werden müssen angemessen und erforderlich, um das Endziel zu erreichen. Das Medium ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe können wir das gewünschte Ergebnis zu fördern, sie fällig, wenn der Gesetzgeber nicht gewählt haben, andere ebenso wirksame, aber es wäre eine nicht-schädliche oder der Ausübung einer weniger spurbare Einschränkung des Grundrechts.”

76 GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, cit., p. 262.

77 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, cit., p. 34-37.

78 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 317-320.

juízos de relevância. Deve-se analisar se os fatos que a Administração apresenta são existentes e se são relevantes (teoria dos motivos determinantes).<sup>79</sup>

### 5.1.2 A necessidade

Somente é necessário um ato estatal que limita um direito fundamental caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. O exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é absoluto.<sup>80</sup>

A medida administrativa deve ser a menos lesiva para os interesses particulares, dentre as possíveis de serem eleitas pela Administração. Deve o recorrente provar a existência de outra solução menos gravosa e igualmente eficiente para conseguir o fim administrativo. Não poderá o juiz substituir e escolher outra das possibilidades existentes. Faz-se uma análise dos meios para saber se o escolhido é o menos gravoso. Entretanto, não se pode chegar à conclusão que o meio menos gravoso para o particular seria a não atuação administrativa, sob pena de paralisação da atividade desta. Para afirmar que a outra medida menos lesiva poderia ter sido a eleita, ela deve ser apta a proporcionar os mesmos resultados que a medida anteriormente escolhida, não pode provocar a imposição de encargos e obrigações a outros cidadãos, visto que eles poderiam também impugnar a medida, a medida alternativa deve estar revestida de legalidade e dentro da competência do ente administrativo e, por fim, a medida deve ser suscetível de ser aplicada. Para a aplicação do juízo de necessidade, deve-se provar o dano ao particular e as alternativas menos danosas à disposição da Administração. Não é necessária uma prova absoluta que o termo comparativo alcançaria os mesmos resultados, mas sim uma prova real de que a afirmação é factível.<sup>81</sup>

---

79 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 320-328.

80 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 38.

81 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, ob. cit., p. 334-342.

### 5.1.3 A proporcionalidade em sentido estrito

Consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Só há que se falar em exame da proporcionalidade em sentido estrito caso a medida estatal tiver sido considerada adequada e necessária.<sup>82</sup>

Analisa-se se o interesse público realizado pelo ato é de relevância bastante que justifique o sacrifício do interesse individual atingido pelo ato. Para tanto, deve-se recorrer ao método de ponderação de princípios. O primeiro passo da ponderação consiste em identificar os valores em conflito; o segundo consiste numa atribuição de peso ou importância a cada um desses valores; quando existir um *plus* de proteção por parte da Constituição em favor de algum valor, não se deve socorrer à ponderação. Deve-se também observar a *lei da ponderação, qual seja, quanto maior for o grau de prejuízo a um dos princípios, maior há de ser a importância de cumprimento do seu contrário. Se um princípio lesionado não se vê contrabalanceado pelo benefício do cumprimento de outro, não existirá o equilíbrio e estaremos diante de um sacrifício ilícito.*<sup>83</sup>

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é iniciado identificando os valores em conflito; após, deverá o aplicador da lei/intérprete, atribuir a respectiva medida a cada valor identificado, deve-se atentar que a hierarquia de valores deriva do direito positivo e da Constituição; por fim, quando maior for o grau de prejuízo ao cidadão, maior há de ser a importância do fim público buscado, ou seja, um prejuízo

82 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 40-41.

83 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 342-352.

deve estar justificado por um objetivo mais importante<sup>84</sup>. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito não precisa da análise fática, sendo um juízo abstrato de meios e fins. Porém, quando não for possível estabelecer uma medida para cada valor, não sendo possível estabelecer uma hierarquia entre os valores em conflito, deverá o juiz analisar o prejuízo fático que a aplicação de cada princípio pode proporcionar para, então, fazer a escolha de qual será o prevalente.<sup>85</sup>

Constitui o princípio da proporcionalidade uma norma jurídica suscetível de ser alegada em juízo e vinculante para os particulares e para o Poder Público. O três testes preveem pressupostos de fato indeterminados, porém com consequências determinadas (proibição do desproporcionado). Ainda que o resultado da sua aplicação ofereça uma resposta taxativa, o caminho para a sua obtenção está baseado em uma técnica ponderativa, que se aplica com distinta intensidade em cada um dos testes. Por tanto, nos encontramos ante o que se tem chamado de *princípio geral de direito*, como norma jurídica vinculante para as Administrações Públicas.<sup>86</sup>

## 6 Os limites da atuação do Poder Judiciário na interpretação constitucional

A ponderação de princípios pode ser altamente subjetiva<sup>87</sup> e propiciar abusos por parte do magistrado. Somente em situações em que o sistema jurídico não dê uma solução clara para a questão pode-se recorrer à ponderação de princípios.<sup>88</sup>

---

84 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 345.

85 *Ibidem*, p. 355.

86 *Ibidem*, p. 360.

87 Alerta semelhante é feito por Luiz Roberto Barroso: “No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial.” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., 2009, p. 363-364).

88 Nesse sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “A proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É isto sim, uma regra, que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja

Após a Revolução Francesa, o liberalismo dominante queria assegurar segurança jurídica como forma de garantir as atividades econômicas. Pelo ideal vigente na época, a sentença judicial não teria outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei, tendo em vista o caso concreto. A vinculação do juiz à lei seria imperativa. O ideal da segurança jurídica parecia ter sido atingido: a norma geral vincularia a decisão de vários casos no sentido de estabelecer uma jurisprudência regular e uniforme. As decisões jurídicas particulares deveriam ser, cada uma delas, previstas de antemão, pois decorreriam da norma antecipadamente formulada. Entretanto, essa ideia foi superada. Ela deu lugar à ideia de que o juiz cria o direito.<sup>89</sup>

Ao criar a norma para o caso concreto, o juiz ordinário legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos. Com o advento do juiz constitucional, dos tribunais da Constituição, isto é, com a jurisdição constitucional se alargando, o juiz “legislador” assume cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz “servo” de lei e do juiz “intérprete” de textos<sup>90</sup>. Assim, resta totalmente excluída a concepção da vinculação judicial, que entende que a decisão dos casos como mera implicação do texto da lei. O juiz já não é a “boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu); pelo contrário, ele lida com a lei fazendo uso da sua criatividade.<sup>91</sup>

Os princípios são positivados por meio de regras jurídicas. Elas, portanto, sempre representam a positivação de um princípio. Se os princípios de decisão de uma ordem jurídica estão codificados, as exigências de legitimação das decisões jurídicas diminuem de forma específica. Em regra, a norma codificada é capaz de legitimar materialmente a decisão jurídica, sem que a fundamentação da decisão tenha obrigatoriamente de fazer

---

solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos.” (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183).

89 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 282-283.

90 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 529.

91 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.), ob. cit., p. 293-294.

referência a princípios de decisão que, por sua vez, são o fundamento da norma codificada. Entretanto, pode o juiz não aplicar uma norma positivada num caso concreto, invocando os princípios jurídicos fundamentais negando a função representativa do princípio, visto que, no caso, a norma não representa o princípio aplicável ao caso, ou pior, o ofende.<sup>92</sup>

As palavras da lei nem sempre dão indicação claras; elas precisam ser preenchidas com valores, o que demanda o uso de conceitos morais e éticos para a formulação da norma concreta. Nem os juízes, tampouco a sociedade, compartilhem de uma moral objetiva e conhecida, nem são coerentes em suas decisões, nem construíram um sistema consistente de direito e moral para solucionar os casos; nem, enfim, argumentam sempre racionalmente; e isso talvez se agrave no caso da ponderação, na qual as circunstâncias do caso que devem ser tomadas em consideração constituem uma variável de difícil determinação e o estabelecimento de uma hierarquia de um princípio sobre o outro constitui irremediavelmente um juízo de valor.<sup>93</sup>

Ainda que exista um perigo de particularismo, não significa que a ponderação abra as portas a juízos baseados na intuição, no palpite ou no arbítrio. A ponderação se destina à construção de uma regra e, se tomarmos a sério as exigências para a sua aplicação, haverá uma garantia de racionalidade da decisão proferida. Ainda que nem sempre possamos ter uma única resposta correta, haverá a consideração e análise de todas as circunstâncias relevantes, o que justificará a solução adotada.<sup>94</sup>

A função estatal, seja a legislativa, seja a administrativa, seja a jurisdicional, consiste em editar regras jurídicas, concretizadoras dos princípios constitucionais. Essa concretização não é livre: o agente público deve, ao exercer sua função, apurar o peso de cada princípio e a medida de concretização exigida pelo direito.<sup>95</sup>

Claro que pode haver abusos por parte dos magistrados. Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização constitucional,

---

92 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.), *Introdução à filosofia do direito contemporâneas*, cit., p. 288-289.

93 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 243.

94 *Ibidem*, p. 244.

95 MARTINS, Ricardo Marcondes, *Princípio da moralidade administrativa*, cit., p. 311-312.

os juízes em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior.<sup>96</sup>

Assim, devem ser estabelecidos os limites da atuação do Poder Judiciário, sob pena da instauração da ditadura dos juízes. Nesse sentido é lição de Paulo Bonavides:

“Nesse conspecto, a Constituição, desfalecida, sai da letra do constituinte para a sentença de tais juízes. A sentença sim é soberana, não aquela! Fora da esfera de um Direito Constitucional decadente e subjugado pela vontade presidencial, é de admitir, todavia, que num determinado sentido há, em rigor, duas Constituições paralelas: uma formal, outra jurisprudencial; a segunda, direito positivo concretizado, mais eficaz que a primeira porquanto sendo norma viva, solve os litígios constitucionais. E ao solvê-los, o Tribunal Constitucional se mostra então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno.”<sup>97</sup>

## 6.1 Os limites da atuação jurisdicional no controle da Administração

O princípio da legalidade explicita a subordinação da Administração à lei. O administrador está sujeito às exigências da lei e do bem comum. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza<sup>98</sup>. Administrar é aplicar a lei de ofício. Um dos desdobramentos

96 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 544.

97 Ibidem, p. 544-545.

98 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 72.

do princípio da legalidade é o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores<sup>99</sup>. O princípio da legalidade não exclui a discricionariedade: sendo materialmente impossível a previsão exata de todos os casos e tendo-se em conta o caráter de generalidade próprio da lei, decorre que à Administração restarão, em inúmeras ocasiões, a faculdade e o dever de apreciar discricionariamente as situações vertentes, precisamente para implementar a finalidade legal a que está unvida pelo princípio da legalidade.<sup>100</sup>

De nada adiantaria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis<sup>101</sup>. Até mesmo o poder discricionário é suscetível de controle jurisdicional.

O poder discricionário deve ser exercido dentro dos limites legais e atendendo-se aos princípios da proporcionalidade e respeitar os direitos individuais ou coletivos garantidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de vício.

Primeiramente, deve-se ressaltar que o uso do poder discricionário não pode ferir direitos individuais ou coletivos garantidos pelo ordenamento jurídico. Somente se pode falar em poder discricionário se não houver um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico a favor de quem o uso de tal poder ocasionar dano, mesmo que por omissão. Tal afirmação é inafastável, ante a existência expressa no nosso ordenamento jurídico do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF). Se nada que cause lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser afastado do conhecimento do Judiciário, o uso do poder discricionário pode e deve ser controlado, caso atinja direito<sup>102</sup>. Nem mesmo os *atos discricionários*

---

99 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 73.

100Ibidem, p. 74.

101Ibidem, p. 83.

102 “Recurso Extraordinário – Criança de até seis anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução

refogem do controle judicial, porque, quanto à *competência*, constituem matéria de *legalidade*, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do *ato vinculado*. A discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites legais, é lícito e válido; o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí por que o Judiciário terá que examinar o ato arguido de discricionário: primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio.<sup>103</sup>

Os direitos fundamentais e os princípios gerais para a atuação administrativa, em especial os da necessidade e da proporcionalidade, são barreiras objetivas ao poder discricionário. Sua violação torna a decisão discricionária viciosa.<sup>104</sup>

---

se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) – Recurso improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (STF – AgR RE n. 410715/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005, DJ, de 03.02.2006, p. 76. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2010).

103 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 665.

104 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 151.

Nesse sentido é a lição de Cassagne:

*“En suma, la prohibición de arbitrariedad configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la Administración al Derecho. Por ese motivo, la revisión judicial há de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de Derecho.”*<sup>105</sup>

Assim, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o exercício do poder discricionário não pode ocasionar lesão a direito reconhecido pelo sistema jurídico, sob pena de invalidade.

Segundo parcela da doutrina, os atributos de conveniência e oportunidade não mais podem escapar do controle jurisdicional, que deve realizar juízo de compatibilidade entre o mérito do ato e o sistema constitucional como um todo<sup>106</sup>. Entretanto, entendo que tal afirmação não é totalmente correta, sob pena de substituírmos o administrador pelo juiz.

O Judiciário não pode emitir um juízo sobre o mérito<sup>107</sup> do ato administrativo<sup>108</sup>. Não cabe, assim, ao juiz substituir o administrador em sua opção legítima<sup>109</sup> de escolher a melhor forma de satisfazer, dentro dos lim-

---

105 CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 216.

106 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 136

107 “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 928-929).

108 “O que o Judiciário não pode é ir além do exame de *legalidade*, para emitir um juízo de *mérito* sobre os atos da Administração.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 665).

109 “Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a *opção legítima* feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 217).

ites legais, o interesse público. Decorre tal fato do princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), pois não se pode deixar que o juiz exerça as funções de administrador<sup>110</sup>. Ademais, somente o administrador, que estará diante do caso particular e tem a especialização técnica necessária, poderá, em diversas hipóteses, escolher a melhor medida para a satisfação do interesse público protegido pela norma. Assim, o controle jurisdicional da discricionariedade não pode extinguir uma prerrogativa que a própria lei entendeu necessária estar nas mãos do administrador. Assim, “com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”<sup>111</sup>. Nesse sentido, Carvalho Filho:

“O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF).”<sup>112</sup>

Disso resulta que somente as vinculações jurídicas podem ser objeto do controle jurisdicional. As questões sobre a conveniência ou não da medida adotada, quando possível no caso concreto mais de uma, não podem ser revisadas judicialmente, porque todas seriam legítimas, sendo juridicamente irrelevantes as demais possibilidades abertas que não foram objeto de escolha<sup>113</sup>. Na lição de Rivero, “o controle do juiz,

110 “O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluído e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 956).

111 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 217.

112 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

113 “É incompatível com o regime democrático a existência de uma Administração Pública cujos atos não sejam passíveis de controle. Mas igualmente não pode existir uma Administração Pública séria, competente e responsável sem que haja uma delimitação clara entre as funções de administrar e julgar.” (AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 116).

sendo um controlo de legalidade, para onde ela para; não se estende, pois, ao poder discricionário, que depende de apreciação de oportunidade, estranha à missão do juiz”<sup>114</sup>. Conforme Hartmut Maurer:

“Um vício no exercício do poder discricionário, nesse sentido, *somente* existe, se a autoridade não observa as vinculações *jurídicas*. A alusão, que a decisão da autoridade é não conforme à finalidade, que uma outra decisão teria sido mais conveniente ou melhor, não toca à juridicidade. Tais objeções não são importantes *juridicamente* e, por conseguinte, também não são compreendidas pelo controle judicial administrativo. Ao contrário, pode e deve a administração, no quadro do procedimento de oposição – anteposto à demanda judicial administrativa –, revisar *também a conformidade com a finalidade* do ato administrativo.”<sup>115</sup>

Também o Poder Judiciário não pode criar obrigações para o Estado que este não tenha condições, sejam materiais, sejam financeiras, de cumprir. Não pode o Estado ser compelido a cumprir uma obrigação de fazer em detrimento de outras obrigações de igual ou maior importância para a coletividade. É a aplicação da *teoria da reserva do possível*<sup>116</sup>. A jurisprudência tem admitido a aplicação do princípio da reserva do possível em alguns casos<sup>117</sup>, em especial, nos casos em que o Poder Judiciário, em manifesto ativismo judicial, tem imposto ao Estado o fornecimento de medicamentos sem atentar para as possibilidades orçamentárias.<sup>118</sup>

---

114 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 96.

115 MAURER, Hartmut, *Direito administrativo geral*, cit., p. 148-149.

116 “Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a *reserva do possível*, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, cit., p. 49).

117 “Responsabilidade Civil do Estado – Indenização – Dano moral – Superlotação carcerária – Administração Pública que não pode ser punida pela falta de condições gerais existentes nas prisões – Respeito ao mínimo existencial diante da possibilidade orçamentária – Princípio da reserva do possível – Verba indevida.” (TJMS, RT 871/294).

118 “Apenas a título de argumento *obter dictum*, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infundáveis necessidades de todos os

### 6.1.1 A razoabilidade e a proporcionalidade como forma de controle da discricionariedade

Pode a lei dar uma discricionariedade abstrata que não se confirma no caso concreto<sup>119</sup>. Um juízo de razoabilidade e proporcionalidade pode apurar a inexistência de discricionariedade no caso concreto.

A discricionariedade dada pela norma sempre visa a proporcionar a melhor escolha para a satisfação do interesse público; no caso concreto, pode-se verificar que somente uma das possibilidades previstas na norma é hábil (ou a mais hábil) a satisfazer o interesse público. É a aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como forma de controle do ato discricionário. Não somente a lei limita a discricionariedade. Os princípios também são limites ao uso do poder discricionário. Nesse sentido é a lição do Gordillo:

*“En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las de las facultades regladas en que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian*

---

cidadãos. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.” (STJ – RMS 28.962/MG, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.08.2009, DJe, de 03.09.2009).

119 “A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, as discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discricção, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 927).

*de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es limite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.”<sup>120</sup>*

O administrador é obrigado a escolher a melhor alternativa, não existindo, assim, poder de decisão. Deverá o administrador, usando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, escolher a melhor alternativa para satisfazer ao interesse público, que poderá ser somente uma, apesar da lei proporcionar várias alternativas. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas pode ser excluída pela aplicação de um princípio – como o da razoabilidade, por exemplo –, de tal forma que a discricionariedade desaparece, porque uma única solução resulta válida perante o Direito.”<sup>121</sup>

Assim, chegamos à conclusão de que a existência de discricionariedade na norma não significa que exista discricionariedade no ato administrativo. A regra pode dar várias alternativas que não se confirmam no caso concreto e que sequer seriam aceitáveis perante ele.<sup>122</sup>

Somente diante da situação fática é que pode haver a discricionariedade. Se, inobstante a existência de discricionariedade na norma, no caso concreto, o agente escolher a alternativa prevista na lei que não atende melhor ao interesse público, deixando de escolher a outra que

120 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. v. 1, p. X-21.

121 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 483.

122 “Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Ou seja, as variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção *não significa que todas estas soluções sejam de igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação*. Significa, pelo contrário, que a lei considera qual algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 927).

melhor atenderia, o ato é nulo e pode ser revisto pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Bandeira de Mello:

“Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.”<sup>123</sup>

Assim, para que o uso do poder discricionário não possa ser objeto de censura judicial, deve o agente se ater ao limite da sua competência, respeitar os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, não objetivar nada além do interesse público e, no caso concreto, escolher a melhor alternativa para o caso, mesmo que a norma lhe possibilite, em abstrato, escolher outra.<sup>124</sup>

### 6.1.2 A finalidade do ato como meio de controle jurisdicional

Um das formas possíveis de controle da Administração é a que se faz por meio da análise da finalidade do ato administrativo.

123 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 927-928.

124 “Destarte, o *exercício de discricionariade* pela Administração *não se valida apenas por conter-se no âmbito de atuação aberto pelo legislador*, como até recentemente se admitia, uma vez que, além desse requisito, faz-se necessário que *as soluções escolhidas*, ademais de se cingirem a esses lindes legais, se apresentem *realistas e razoáveis* em face da integralidade da *ordem jurídica* e, em acréscimo, concorram efetivamente para o *atingimento de resultados legítimos*.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 626).

Cada ato administrativo tem uma finalidade. Existe uma finalidade geral: o interesse público. Existe, também, uma finalidade específica: o resultado querido pelo legislador ao prever a competência para a prática do ato.

O administrador, ao praticar o ato, mesmo no uso da competência discricionária, deve se ater à finalidade do ato, seja a geral, seja a específica. Caso o ato seja praticado com uma finalidade diferente da prevista em lei, ocorre o chamado *excesso de poder*.<sup>125</sup>

O excesso de poder abrange os atos praticados fora do âmbito de competência do agente, bem como os praticados dentro da competência do agente, porém, com finalidade diversa do que deveria atender.<sup>126</sup>

Deve o agente somente praticar os atos que estejam dentro do âmbito de sua competência, bem como interpretar corretamente a norma que lhe atribui a competência, não dando por existentes fatos que não ocorreram, nem qualificando mal as circunstâncias ocorridas, devendo, sempre, buscar o interesse público. Nesse sentido é a lição de Queiró:

“Se a autoridade administrativa viola as normas que limitam o número ou série dos comportamentos entre os quais ela pode escolher; se contraria a norma que anuncia as circunstâncias em que o seu poder discricionário deve ser exercido, interpretando mal a previsão legislativa, qualificando mal as circunstâncias verificadas ou dando como existentes circunstâncias que se não verificam; se, no exercício de um poder discricionário, finalmente, se apoia em circunstâncias que não têm correspondência com o interesse público específico a perseguir ou que, tendo-a, efetivamente se não verificam – os atos assim praticados dizem-se afetados do vício de *violação de lei* (ou de regulamento).”<sup>127</sup>

---

125 “*Excesso do poder discricionário* existe, quando a autoridade escolhe uma consequência jurídica não mais situada no quadro da prescrição do poder discricionário.” (MAURER, Hartmut, *Direito administrativo geral*, cit., p. 149).

126 “Todo ato administrativo praticado por agente incompetente ou além de sua competência incorre em vício de *excesso de poder* (*excès de pouvoir*) assim como qualquer ato que desatenda à moralidade e aos fins administrativos invalida-se pelo *desvio de poder* (*détournement de pouvoir*) [...]” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 667).

127 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 7, 1969.

Mesmo que o agente se atenha dentro da área de sua competência, deve cumprir a finalidade geral do ato, atendendo ao interesse público (finalidade geral) e à finalidade específica do ato, sob pena de incorrer em desvio de finalidade. Não basta que o agente esteja cumprindo uma finalidade pública; deve atender também à finalidade específica do ato, bem como agir somente visando ao benefício público e não os benefícios individuais que o ato, eventualmente, possa ocasionar.<sup>128</sup>

Assim, o agente, para não incorrer no desvio de poder, deve se ater à sua competência, bem como respeitar a finalidade geral e específica do ato, sem visar ao interesse particular que o ato possa ocasionar.

## 6.2 Os limites da atuação jurisdicional e o respeito ao legislador: o ativismo judicial

O Poder Judiciário pode afastar a incidência de uma lei em um determinado caso concreto, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, e assim, na prática, é quem dá a última palavra. Existe uma brecha interpretativa entre o texto constitucional e as decisões judiciais. Os preceitos constitucionais que declaram direitos básicos estão ordinariamente formulados em termos considerados vagos e abstratos e sua aplicação requer uma leitura moral. Assim, os juízes, de fato, acabam dando a última palavra sobre o conteúdo dos direitos básicos.<sup>129</sup>

Esse aparente predomínio do órgão judicante, embora possa parecer um tanto excessivo, deve ser, contudo, encarado como consectário natural do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que,

128 “Para se falar de competência ou do seu contrario, a incompetência, é claro que é mister encontrarmos-nos perante *interesses públicos*, isto é, interesses que a lei confiou a qualquer das grandes funções do Estado: a legislação, a jurisdição, ou a execução. Se, além de um especial *interesse público*, a autoridade realiza também um *interesse particular*, seu ou de outrem, não é já *incompetente*; nesse caso realiza uma duplicidade de interesses: realiza um interesse particular acessório, decorrente da realização de um interesse público. Em toda actividade administrativa, como actividade pública, há isso de característico: existe um benefício da comunidade e, portanto, dos administrados. O interesse público vai partilhar-se entre os particulares, *difunde-se* sob a forma de vantagens singulares. O funcionário deve agir na zona do interesse público que lhe é confiada, e aqui deve ainda agir, por assim dizer, sem a *consciência* de que o interesse público se difunda parcialmente, injustamente, sem a intenção, sem o fim de beneficiar mais este ou aquele.” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. ESTUDOS de direito público: dissertações. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, v. 1, p. 171).

129 BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución, cit., p. 402

entretanto, é levado às mais sérias consequências pelas nações que conferem à jurisdição constitucional a missão superior de garantir a supremacia da Constituição. Isso não significa dizer, todavia, que a prerrogativa enfeixada nas mãos do Judiciário, para rejeitar a aplicação de normas jurídicas que considere incondizentes com a Constituição, o transforme em um superpoder, podendo, assim, na qualidade de intérprete final do ordenamento presidido pela Constituição, controlar a validade das ações estatais e orientar o curso das políticas de governo.<sup>130</sup>

Uma concepção não meramente procedimentalista da democracia é que ela é a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, e não simplesmente uma ditadura da maioria, e essa garantia somente pode ser operativa com o recurso à revisão judicial do conteúdo das leis.<sup>131</sup>

Os princípios reclamam do juiz não uma simples atitude subsuntiva. Exigem que ele desenvolva uma argumentação racional que mostre as considerações de dever e de valor que fundamentam sua decisão. A argumentação jurídica opera como uma forma de argumentação moral institucionalizada e informa que os operadores do direito não são independentes ou alheios às concepções morais existentes na sociedade. Essa argumentação pode não garantir o consenso e nem a garantia de que a solução adotada é a mais justa. Porém, serve de instrumento para reduzir a discricionariedade; não dá segurança, mas afasta a simples vontade fundada somente na opinião e no arbítrio.<sup>132</sup>

Entretanto, não pode haver exageros na atuação do Poder Judiciário. Ele, quando profere um juízo de proporcionalidade e razoabilidade sobre o produto da atividade legislativa, acaba, na prática, substituindo o juízo do legislador pelo seu juízo. Assim, acaba substituindo a atividade do legislador. Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro ensina que:

“A polêmica eleva-se em temperatura quando os órgãos do Poder Judiciário proferem julgamento quanto à razoabilidade ou

---

130 Nesse sentido: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 103-104.

131 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 250.

132 GÁSCON ABELLÁN, Marina. Los límites de la justicia constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 186.

à racionalidade das regras de direito, valendo-se na mais das vezes de postulados servíveis a toda a sorte de argumentação, como é o caso dos princípios da isonomia e do devido processo legal. Tal se deve porquanto julgar se uma norma classificatória ou atributiva de efeitos normativos diferenciados a situações fáticas díspares é, ou não, razoável e racional, ou seja, se os fins a que almeja são, ou não, adequadamente servidos pelos meios que estabelece, de acordo com um julgamento de proporcionalidade instrumental, pode importar em aparente troca de papéis entre o legislador e o juiz. Este último, a pretexto de interpretar o ato normativo em face da Constituição, acaba por proferir um juízo autônomo sobre o que deve ser uma norma razoável e racional a disciplinar os interesses em confronto na relação litigiosa. De fato, ao apreciar a validade das leis, sob a ótica da arbitrariedade e adotando por parâmetro os princípios elásticos da igualdade jurídica e do devido processo legal, o agente da Magistratura está, em realidade, declinando seu próprio ponto de vista a respeito do que deva ser um produto legislativo pautado nos padrões de razoabilidade e racionalidade.”<sup>133</sup>

A intromissão do tribunal no âmbito político tem sido propiciada pelas indeterminações do texto constitucional, em que são frequentes cláusulas abertas e princípios materiais de justiça cuja interpretação é notadamente discricionária.<sup>134</sup>

As denominadas questões políticas devem, em regra, ficar à margem do controle jurisdicional. Somente quando houver alguma lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo, deve-se, sem qualquer hesitação, submeter a razoabilidade da lei ao Poder Judiciário, em virtude da imposição constitucional do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.<sup>135</sup>

Vamos analisar alguns aspectos da atuação jurisdicional no controle concentrado e no controle difuso de constitucionalidade.

133 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 104-105.

134 GÁSCON ABELLÁN, Marina, *Los limites de la justicia constitucional*, cit., p. 174.

135 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *ob. cit.*, p. 106.

### 6.2.1 Os limites da atuação do Judiciário no controle difuso

A Constituição brasileira adotou o controle difuso de constitucionalidade, derivado da tradição jurisprudencial existente nos Estados Unidos da América. Nesse país, criou-se a doutrina da revisão judicial (*American doctrine of judicial review*), que radicalmente contrasta com a tradição inglesa da supremacia do parlamento. Tal fato tem uma origem histórica bem definida. Ao atribuir aos órgãos da Justiça a última palavra em matéria de constitucionalidade dos atos dos demais poderes, há um ressentimento histórico das treze colônias originais da América do Norte, em face dos abusos perpetrados pelo Poder Legislativo da metrópole do colonizador britânico. Enquanto na velha Inglaterra o Parlamento reluzia para os espíritos democráticos que fizeram as revoluções do século XVII como a casa da liberdade e das grandes conquistas da sociedade, já nos Estados Unidos, tanto no período colonial quanto após a independência, preponderou um forte preconceito contra o Poder Legislativo. Tal se explica em razão da legislação metropolitana repressora, oriunda da Casa de Westminster, em Londres, que era fonte de vultosos prejuízos econômicos para as colônias e bem assim impeditiva da emancipação das famílias dos pioneiros protestantes que aportaram na Nova Inglaterra, fugindo em grande parte à perseguição religiosa. Em vista disso, cuidaram os Estados recém-independentes de coibir os excessos do Poder Legislativo, para o que se valeram de dois mecanismos específicos, a saber, o controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*) e o veto presidencial incidente no processo de legiferação.<sup>136</sup>

Quando é feita a ponderação da lei, entra em jogo a liberdade do legislador, que opera sempre como argumento em favor da conservação da norma; cabe decidir então, em regra, que a democracia e sua exigência de respeito à lei não pode ser sacrificada pela ponderação. Porém, como as demais liberdades ou princípios, em sua aplicação concreta também o princípio majoritário ou democrático deve se conjugar com os demais e, assim, poderá ceder quando não for capaz de superar um juízo de racionalidade derivado da aplicação da ponderação.<sup>137</sup>

136 Sobre o controle da atividade legislativa, ver: REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 7, n. 39-40, p. 73-82, jul./dez. 1976.

137 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 249.

A ponderação pode levar a uma não aplicação de uma lei ao caso concreto. Pode haver um reconhecimento de que, apesar de constitucional e pertinente ao caso, uma lei deva ser desprezada em um determinado caso concreto. Por trás de toda regra, há um princípio que a fundamenta e pode haver a colidência dele com outro princípio. A racionalidade, a proporcionalidade, constitui um requisito exigido na produção das leis que, se manifestarem uma escolha que não seja aprovada pela aplicação da regra da ponderação, pode ser afastada, em nome dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso.<sup>138</sup>

A lei, assim, pode estabelecer que em circunstância X deve prevalecer um princípio sobre outro, delimitando assim o pressuposto de fato ou, se preferível, convertendo em condicional o que era um dever incondicional ou categórico, e em tal caso cabe decidir que a ponderação haja sido realizada pelo legislador, de modo que ao juiz não resta nada mais do que a tarefa de subsumir o caso ao preceito legal, sem ulterior deliberação. O que pretende o juízo de ponderação é concretizar ou fazer explícita uma das exceções implícitas que caracterizam os princípios como normas abertas, e isso é algo que também pode fazer a lei. Porém, isso somente é certo na medida que não concorram outras circunstâncias relevantes não tomadas em consideração pelo legislador e que, assim, permitam ao princípio postergado recobrar sua aplicação no caso concreto.<sup>139</sup>

Não pode o legislador eliminar o conflito entre princípios mediante uma norma geral, decidindo algo assim como que sempre triunfará um deles, pois eliminar a colisão com esse caráter de generalidade requereria postergar em abstrato um princípio em benefício de outro e, com isso, estabelecer por via legislativa uma hierarquia de preceitos constitucionais que somente poderia fazer o poder constituinte.<sup>140</sup>

Assim, sempre resta possível, porém em caráter de excepcionalidade, deixar de aplicar uma determinada lei a um caso concreto, ponderando-se os princípios constitucionais incidentes no caso, afastando-se o princípio postergado e, conseqüentemente, a regra jurídica que positivou tal

---

138 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 250-251.

139 Ibidem, p. 238.

140 Ibidem, p. 237.

princípio. Entretanto, tal operação somente pode ser permitida em casos excepcionais, visto que o legislador já realizou uma prévia ponderação, que somente pode ser afastada mediante um juízo de ponderação no caso concreto que vise a resguardar um valor constitucional de grande importância no ordenamento jurídico.

### **6.2.2 Os limites da atuação do Judiciário no controle concentrado**

Quando os preceitos constitucionais implicados em uma questão de constitucionalidade estão altamente formalizados, sua interpretação não oferece demasiados problemas. Sem embargo, as Constituições atuais contêm muitos preceitos que padecem de uma escassa formalização; em mais, muitos deles constituem a positivação de princípios e juízos de valor, de maneira que seu significado é altamente indeterminado. Essa indeterminação faz com que o juízo de constitucionalidade da lei seja discricionário, fazendo com que o juiz constitucional se transforme em um sujeito político.<sup>141</sup>

A relação da lei com a Constituição pode ser definida de acordo com dois modelos: o modelo constitucionalista ou judicialista e o modelo democrático ou legalista. De acordo com o modelo constitucionalista, a Constituição é um modelo de projeto político fechado e completo, cabendo ao legislador ordinário somente a sua execução; a Constituição predeterminaria a solução de todos os conflitos e a lei seria somente uma concreção das abstratas previsões constitucionais; denomina-se tal corrente como judicialista porque os juízes é que acabam determinando quais normas devem configurar o sistema em determinado momento, pelo juízo de constitucionalidade. Já o modelo democrático ou legalista parte da ideia de que a Constituição somente fixa as regras do jogo da competência política, porém sem participar diretamente dela, ou seja, somente determina quem manda, como manda e em parte onde pode mandar; o conteúdo das ordens se encontraria dentro da vontade do legislador e a Constituição somente daria as regras do jogo, dentro das quais poderia o legislador se mover com alguma liberdade; chama-se tal corrente de legalista porque é o Poder Político que, em cada momento,

---

141 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 180.

através do legislador democraticamente eleito, que determina as normas que presidem um sistema jurídico.<sup>142</sup>

O modelo constitucional adotou o segundo modelo, qual seja, o modelo democrático. É dito no parágrafo único do artigo 1º da Constituição que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, qual seja, o Poder Legislativo. O modelo de tripartição de poderes foi expressamente consagrado no artigo 2º da Constituição. A lei, por ser expressão da vontade soberana do povo, representada pelos legisladores democraticamente eleitos, tem uma autônoma razão de ser. A jurisdição deve se ater a uma separação entre as questões políticas e de constitucionalidade. A função do Judiciário não pode ser a de substituir o Legislativo. O Tribunal Constitucional não pode fixar a melhor lei partindo da perspectiva constitucional, e sim somente eliminar aquelas que resultem intoleráveis, com uma função de legislador negativo. Não pode, assim, o Judiciário entrar nos motivos políticos que impulsionaram o legislador e muito menos sugerir ou diretamente impor a ele determinada opção política. O Tribunal Constitucional não pode influir na direção política do país.<sup>143</sup>

A partir, porém, do advento das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, bem como pela revolução principiológica, que fez da *communis opinio* dos juristas da nova hermenêutica a lei gravitar ao redor desses direitos e não estes ao redor daquela; desde a criação, introdução, e propagação do controle concentrado de constitucionalidade que fizeram mais eficaz a Justiça constitucional protetora daqueles direitos, tem-se manifestado em todo o universo da jurisdição constitucional uma arraigada e substancial tendência à politização do controle, com o grave risco de severos danos à inviolabilidade do princípio da divisão de poderes, afetado em suas bases materiais de legitimação pelo grau e profundidade das ofensas perpetradas.<sup>144</sup>

A lei sempre tem presunção de ser constitucional. Vigem o princípio do *in dubio pro legislatore*. Defender o princípio do *in dubio pro*

---

142 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 170-171.

143 Ibidem, p. 171-172.

144 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil, in Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello, cit., p. 534-535.

*legislature* implica que àquele que alega a inconstitucionalidade corresponde o ônus da prova e que, ante a falta de elementos suficientes para contestar a lei, utiliza-se a presunção para sair do impasse, declarando-se a lei constitucional. O Tribunal presume que a lei é constitucional (ainda que, de fato, possa não ser), uma vez que existem dúvidas a esse respeito. A lei é constitucional da mesma forma que o réu é inocente. O juiz constitucional não deve considerar que o principal inimigo dos direitos é o parlamento; não há razão para que tenha uma atitude de suspeita sobre as leis que restringem os direitos fundamentais.<sup>145</sup>

O Tribunal Constitucional não pode revisar o modo que os juízes interpretam as leis nos casos concretos, na medida que não sejam vulnerados direitos constitucionais. A função de um Tribunal Constitucional não consiste em revisar o maior ou menor acerto da aplicação do direito efetuada pelos juízes, e sim somente sua adequação ao texto constitucional; não pode querer fixar a melhor interpretação da lei e somente rechaçar as interpretações que resultem incompatíveis com a Constituição. A interpretação feita pelos juízes ordinários deve ser preservada, quando não for incompatível com a Constituição e, no caso em que soam possíveis várias interpretações da lei, tidas compatíveis com a Constituição, não deve o Tribunal Constitucional pretender fixar a que considera melhor.<sup>146</sup>

As decisões que determinam uma interpretação conforme a Constituição determinam quais interpretações são legítimas e quais são rechaçadas. No primeiro caso, delimitam e no segundo assinalam as interpretações que são constitucionalmente aceitáveis. Entretanto, tal atividade pode ocasionar a imposição pelo Judiciário de uma interpretação como correta, a melhor interpretação conforme a Constituição, em detrimento de outras interpretações que, mesmo não sendo, na perspectiva do Tribunal, as melhores, seriam constitucionalmente aceitáveis. Essa atuação invade as competências da jurisdição ordinária, visto que a força vinculante dessa decisão, impondo uma única interpretação de determinado preceito legal, é quase legislativa.<sup>147</sup>

---

145 LORA DEL TORO, Pablo de. Justicia constitucional y deferencia al legislador. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). Constitución: problemas filosóficos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 358-361.

146 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 170.

147 Ibidem, p. 175-176.

Sentenças manipulativas ocorrem quando o Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que não seria conveniente extirpar do ordenamento jurídico determinada lei, manipula sua interpretação, forçando as possibilidades interpretativas do texto, mesmo *contra legem*, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição. As sentenças manipulativas podem incidir sobre o programa normativo (sentenças substitutivas), fazendo com que a interpretação plausível do texto legal (porém inconstitucional) seja substituída por outra que claramente não resulta do texto, porém que se coaduna com a Constituição. Pode também as sentenças manipulativas incidirem sobre o âmbito de aplicação da norma, sendo sentenças redutivas, quando fazem uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação de uma lei, considerando que uma ou várias das possibilidades de incidência da norma é contrária à Constituição. As sentenças aditivas consistem em fazer uma interpretação extensiva do âmbito da lei, fazendo-a incidir sobre um âmbito mais abrangente do que o previsto pelo texto da lei; resulta do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão da norma. Nesses casos, na medida que a interpretação ultrapassa o âmbito de interpretações possíveis da lei, o Tribunal acaba invadindo a competência do Poder Legislativo.<sup>148</sup>

As sentenças manipulativas em geral e as aditivas em particular somente parecem admissíveis quando criam ou produzem normas constitucionalmente exigidas, ou seja, quando a nova norma que deriva da sentença obedeça à necessidade de proteger algum bem ou valor constitucional e, ademais, não exista outra forma de fazê-lo do que em sentença: nesses casos, resulta indiferente que essa integração legislativa seja levada a cabo pelo juiz constitucional ou pelo legislador.<sup>149</sup>

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade deve sempre partir do pressuposto de que a lei é constitucional (*in dubio pro legislatore*), não podendo, sob o argumento de que está controlando a compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição, tirar a validade de escolhas feitas legitimamente pelo legislador. Não pode o Tribunal Constitucional substituir o legislador em suas opções legítimas, somente podendo exercer a sua função de legislador negativo quando a norma

---

148 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 176-177.

149 Ibidem, p. 178-179.

impugnada manifestamente se mostrar incompatível com a Constituição.

## **Conclusão**

A Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição aberta. É fruto da ideologia pós-positivista que pretende um sistema jurídico formado por princípios, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual predominam conceitos morais e de valor, bem como conceitos jurídicos indeterminados. O sistema sofre então o influxo de conceitos extrajurídicos, o que dá uma grande liberdade ao intérprete e ao aplicador do direito.

A hermenêutica tradicional do sistema positivista perde toda a utilidade num sistema constitucional aberto. Para solucionar os conflitos surgidos entre os princípios constitucionais, faz-se necessária uma nova hermenêutica constitucional.

A ponderação é a principal técnica interpretativa da nova hermenêutica constitucional. Por meio dela, escolhe-se, entre os princípios conflitantes, o que irá preponderar no caso concreto, sem que isso signifique que o princípio afastado em determinado caso não prevaleça em outro caso, mesmo que idêntico.

As técnicas da proporcionalidade e razoabilidade são essenciais para a ponderação constitucional de princípios. A razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade. Esta é mais ampla do que aquela. A proporcionalidade analisa a adequação, necessidade e os valores que estão sendo sopesados no caso concreto.

A abertura das normas constitucionais permite que o juiz tenha um grande poder. O princípio da separação dos poderes, entretanto, não admite que o juiz se transforme em agente que pode substituir a legítima escolha feita pela Administração e pelo legislador. Faz-se necessário harmonizar a importante missão confiada ao Judiciário de fazer valer os direitos fundamentais e se manter dentro de sua zona de atuação, sem invadir as esferas de competência do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário não pode substituir o administrador no mérito do ato administrativo. Entretanto, a técnica da proporcionalidade e da razoabilidade pode demonstrar claramente que no caso concreto, o ad-

ministrador não cumpriu o seu dever de buscar a melhor solução para o atendimento ao interesse público.

A atividade legislativa também pode sofrer o controle pelo Judiciário. No caso concreto, principalmente por meio do controle difuso de constitucionalidade, pode o juiz afastar a incidência de uma regra se ela não passar pelo juízo de ponderação no qual se apure que outro princípio diferente do concretizado pelo legislador por meio da lei deve prevalecer. Entretanto, esse expediente deve ser excepcional, visto que a lei é uma ponderação prévia e legítima feita pelo legislador que, em regra, deve prevalecer.

No controle de constitucionalidade concentrado, o Judiciário deve sempre ter em mente que prevalece o princípio do *in dubio pro legisla-tore*. Somente as leis manifestamente incompatíveis com a Constituição devem ser declaradas inconstitucionais. O Tribunal Constitucional não pode interferir nos rumos políticos da nação, sob o argumento de defender a Constituição.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, edição especial, p. 41-88, jan./dez. 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 399-419.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520-549.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GÁSCON ABELLÁN, Marina. Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 165-192.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 255-270.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

LORA DEL TORO, Pablo de. Justicia constitucional y deferencia al legislador. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 345-370

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus "enemigos"*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Ediciones Beramar, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 305-334.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIETRO SANCHIS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 221-252.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 7, 1969.

\_\_\_\_\_. ESTUDOS de direito público: dissertações. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989. v. 1.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. (Tirant Monografías, 316).

REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 7, n. 39/40, p. 73-82, jul./dez. 1976.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



# Leis municipais – controle abstrato de constitucionalidade

Antonio Joaquim Ferreira Custódio<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Escopo do controle abstrato. 3 Objeto do controle abstrato. 4 Escopo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. 5 Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. 6 Noção de preceito fundamental. 7 Inexistência de outro meio eficaz. 8 A competência municipal. 9 Considerações finais. 10 Referências

---

## 1 Introdução

Nos termos da Constituição da República (CR), compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, “a”, na redação da Emenda Constitucional (EC) n. 3, de 17.03.1993). É o que se denomina de controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade dos atos normativos, através do qual a Suprema Corte analisa e decide sobre sua compatibilidade com as normas constitucionais. A ação direta de inconstitucionalidade (ADIN ou ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) são os mecanismos mais empregados para o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais, com primazia para o primeiro deles (a ADIN).

O texto constitucional elegeu a lei ou o ato normativo *federal* ou *estadual* como objeto específico da ADIN; quanto à ADC, o objeto é

---

<sup>1</sup> Advogado. Procurador do Estado aposentado.

unicamente a lei ou o ato normativo *federal*. Ele não contempla a lei ou o ato normativo *municipal*, embora os Municípios formem com os Estados, através de união indissolúvel, a República Federativa do Brasil (CR, art. 1º), aos quais foi atribuída competência própria (CR, art. 30), inclusive de natureza tributária (CR, art. 156).

A jurisprudência do STF é pacífica quanto à impossibilidade de controle abstrato de lei ou ato normativo municipal por via de ação direta de inconstitucionalidade. Sua constitucionalidade apenas pode ser discutida na esfera do *controle difuso*, “exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto” (Rcl n. 337, RDA 199/201, RTJ 164/832; ADIN n. 1.268-2/MG, DJU, de 20.10.1995, entre outros).

A Constituição da República estatui também que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (CR, art. 102, § 1º).

Onze anos depois de promulgada a Constituição, foi editada a Lei n. 9.882, de 03.12.1999, dispondo sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Seu artigo 1º prescreve que a arguição “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Ela também admite na hipótese de ser “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

A Lei n. 9.882, de 1999, introduziu no sistema jurídico nacional a viabilidade, ainda que restrita, de controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais. O escopo destas observações é ressaltar a importância desse novo instrumento processual, que permite o controle abstrato de constitucionalidade de atos do Poder Público *municipal*, entre eles suas leis e atos normativos.

## 2 Escopo do controle abstrato

As ações de controle abstrato de constitucionalidade não objetivam dirimir conflitos envolvendo pretensões relativas a direitos subjetivos, ainda que esses litígios envolvam a interpretação de normas constitucionais.

Elas visam essencialmente à preservação da integridade da Lei Magna e, por tal razão, os processos que as veiculam são denominados de objetivos. Como decidido e reiterado pelo STF, “*não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas*, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade”; conseqüentemente, a tutela jurisdicional de situações individuais alicerçadas em controvérsia de natureza constitucional “há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse” (ADIN (AgRg) n. 1.254-1/RJ, RT 747/801, RTJ 170/801). Dada a natureza e a finalidade do controle abstrato de constitucionalidade, se ocorrer, após o ajuizamento da ação, a revogação do ato normativo por ela questionado, a revogação “realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade”, razão que acarreta a prejudicialidade da ação por perda do objeto (ADIN n. 709-2, RDA 197/180, RTJ 154/401; ADIN n. 2.515-5/CE, RT 798/181, entre muitos outros julgados).

Embora denominada de ação direta de inconstitucionalidade e, em regra, quem a propõe tenha por finalidade obter a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, ela serve à declaração de sua constitucionalidade. É o que sucede quando o tribunal, rejeitando o pedido, a julga improcedente, ou seja, declara que o ato normativo questionado não contraria a Lei Magna. O mesmo ocorre em relação à ação declaratória de constitucionalidade. Por ela objetiva seu autor a proclamação da compatibilidade do ato legislativo com a Constituição, mas se a decisão for pela improcedência do pedido, o tribunal estará efetivamente declarando a inconstitucionalidade do ato normativo que constitui seu objeto. Tratando da representação de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1967/1969, Gilmar Ferreira Mendes observa que ela “*tinha, em verdade, caráter dúplice ou natureza ambivalente, permitindo ao Procurador-Geral (então o único legitimado para sua propositura) submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem*

*controvérsias relevantes sobre sua legitimidade*”<sup>2</sup>. Por tal razão, certamente, prescreve o parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição que “*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”. Ao se referir às *decisões definitivas de mérito*, o preceito compreende as que julgam procedente ou improcedente as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, isto é, as que decidem pela incompatibilidade ou pela compatibilidade com a Lei Suprema dos atos normativos que constituem seu objeto.

A finalidade dessas ações é, portanto, preservar a integridade das normas constitucionais, quando ocorrentes dúvidas a respeito de atos normativos que suscitem controvérsia sobre sua conformidade com a Constituição.

### 3 Objeto do controle abstrato

O artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição restringe o objeto da fiscalização abstrata de constitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade pode versar apenas sobre lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação declaratória de constitucionalidade unicamente sobre lei ou ato normativo federal. Compreende-se como lei a medida provisória e a emenda constitucional.

O ato normativo, aí inclusa a lei formalmente editada pelo Poder Legislativo, deve, no entanto, ser dotado de generalidade. Vale dizer, deve ser de aplicação geral, abstrato, aplicável a qualquer pessoa que se encontre na situação jurídica nele prevista.

Ainda que formalmente veiculado por lei, a jurisprudência do STF não admite o controle abstrato de atos de efeitos concretos, “como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originariamente o orçamento da despesa e viabilizam sua alteração no curso do

<sup>2</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 53.

exercício” (ADIN n. 1.716/DF, *RTJ* 170/438). Como tal também se qualifica, em geral, a “lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata” (ADIN n. 2.484/DF, *DOU*, de 03.12.2003). Da mesma forma os atos, ainda que sob a forma de lei, relativos à reestruturação de empresa pública (*RTJ* 173/466) ou “emenda parlamentar que encerra tão somente destinação de percentuais orçamentários, visto que destituída de qualquer carga de abstração e de enunciado normativo” (*RTJ* 173/483). Mas as leis relativas à criação, ao desmembramento ou à alteração de limites de municípios são passíveis de controle abstrato (ADIN n. 733-5/MG, *RTJ* 158/34; ADIN n. 1.262/TO, *RTJ* 178/606, ADIN n. 2.632-1/BA, *DOU*, de 31.03.2004).

Atos normativos editados sem a vestimenta formal de leis (ou de medidas provisórias ou emendas constitucionais) também podem ser objeto de controle concentrado. O tribunal admitiu o controle abstrato de parecer da Consultoria Geral da República, que “assumiu caráter normativo, por força dos artigos 22, parágrafo 2º e 23 do Decreto n. 92.889, de 07.07.1986, e, ademais, foi seguido de circular do Banco Central, para o cumprimento de legislação anterior à Constituição de 1988” (ADIN n. 4, *RDA* 195/85). Também o admitiu em relação a portaria, quando “vem a estabelecer prescrição em caráter genérico e abstrato” (ADIN (MC) n. 962-1, *DJU*, de 11.02.1994; ADIN (MC) n. 1.088/PI, *RTJ* 155/430), bem assim quanto a assento regimental de tribunal estadual (ADIN n. 29, *RTJ* 129/955, objeto de embargos infringentes, *RTJ* 133/955), resolução administrativa de tribunal regional eleitoral (ADIN n. 666/PE, *RTJ* 152/444), decisão administrativa de tribunal regional do trabalho (ADIN n. 683/SC, *RTJ* 150/50), resolução administrativa de tribunal de contas (ADIN n. 870/DF, *RTJ* 151/423) e outros atos de natureza similar, sempre que neles vislumbrou caráter normativo genérico.<sup>3</sup>

O tribunal também admitiu o controle abstrato de dispositivos de decreto regulamentar quando revestidos de “contornos de verdadeiro ato normativo autônomo” (ADIN n. 1.396/SC, *RTJ* 167/397) e quando “o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da

---

<sup>3</sup> Para outras indicações, ver: CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 9. ed. reform. e atual. até maio de 2008. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

Constituição” (ADIN n. 1.282, *RTJ* 185/437). No entanto, não é admissível o controle abstrato de decretos e de outros atos de estatura inferior à lei quando a controvérsia diz respeito aos limites do poder regulamentar, porque quando esses atos ultrapassam o conteúdo da lei ou se afastam de seus limites, comete-se “ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita, quer no controle concentrado, quer no controle difuso, à jurisdição constitucional” (RE n. 189.550/SP, *RTJ* 166/611; RE n. 154.027/SP, *RTJ* 166/584; ADIN n. 763/SP, *RTJ* 145/136).

Esses precedentes referem-se a atos normativos federais ou estaduais e não a atos normativos municipais, porque, quanto a estes, é pacífica a jurisprudência do STF quanto à *impossibilidade de controle abstrato* de lei ou ato normativo municipal por via de ação direta de inconstitucionalidade. Essa interpretação decorre da letra do artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição, que lhe atribui competência para o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* ou *estadual*, não contemplando, portanto, os editados pelos municípios. A constitucionalidade destes apenas podia ser discutida na esfera do *controle difuso*, “exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto” (Rcl n. 337, *RDA* 199/201, *RTJ* 164/832; ADIN n. 1.268-2/MG, *DJU*, de 20.10.1995, entre outros). É inquestionável que essa exegese, considerada a competência legislativa constitucional própria dos municípios, inclusive quanto ao direito tributário, impediu o controle abstrato de inúmeros atos normativos. No entanto, ela encontra amparo no texto constitucional que, quiçá propositadamente, não incluiu os atos normativos municipais entre os objetos possíveis desse controle, diante da imperiosa necessidade de impedir que a Suprema Corte, na composição que a Lei Maior que conferiu, viesse a tornar-se um tribunal impossibilitado de desempenhar, com um mínimo desejável de eficiência, suas relevantes funções. Essa motivação, aliás, consta de veto presidencial a dispositivo da Lei n. 9.882, de 1999, que permitia a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer pessoa, e não apenas pelos legitimados para a propositura da ação direta. Sustenta o veto que “a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais”, fazendo “presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal”, não havendo dúvida de que “a viabilidade funcional

do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais”.<sup>4</sup>

O tribunal também não considera viável o controle abstrato, por via da ação direta de inconstitucionalidade, de atos normativos, inclusive federais e estaduais, anteriores à Constituição. Vale dizer, os atos normativos editados antes da Constituição não constituem objeto idôneo de controle abstrato pela via da ação direta, embora sua constitucionalidade, aferível à luz da Lei Magna revogada sob a qual foram editados, possa ser discutida no âmbito do controle difuso. Gilmar Ferreira Mendes<sup>5</sup> relembra o debate travado a respeito do tema já na vigência da Constituição de 1988 (ADIN n. 2, RTJ 169/763). O Ministro Paulo Brossard, relator da referida ação, sustentou a inviabilidade, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence advogou a tese oposta. Segundo o Ministro Brossard, “as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá a revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe opõem”. Em outro julgado, o tribunal reafirmou esse entendimento, declarando que a ação direta “não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato”, eis que necessária a existência “de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política cujo domínio normativo veio ele a ser editado” (RTJ 145/339).

Dessa resenha quanto ao objeto do controle abstrato de constitucionalidade, destaca-se, para a finalidade destas notas, a orientação jurisprudencial do STF que não o admitia em relação às *leis e atos*

---

4 JANCZESKI, Célio Armando. A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o controle de constitucionalidade da lei tributária municipal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, n. 83, p. 75, nov./dez. 2008.

5 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, cit., p. 124.

*normativos municipais e às leis e atos normativos anteriores à promulgação da Constituição* vigente, ainda que federais ou estaduais.

#### **4 Escopo da arguição de descumprimento de preceito fundamental**

A finalidade da disposição contida no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição é a integridade dos preceitos fundamentais da Constituição. Como explicitado pelo *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.882, de 1999, esse instrumento tem “por objeto *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental*, resultante de ato do Poder Público”. Embora a norma constitucional não tenha estabelecido qualquer restrição quanto à origem do descumprimento de preceito fundamental, a lei limitou o objeto da arguição a lesão *resultante de ato do Poder Público*.

A Lei n. 9.882 estabelece que “caberá *também*” a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I). Ambas as hipóteses têm por pressuposto comum a lesão a preceito fundamental.

Tendo a ADPF por finalidade a preservação do conteúdo normativo dos preceitos constitucionais fundamentais, nela também não se discutem pretensões relativas a direitos intersubjetivos. A arguição, como modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, destina-se a evitar ou a reparar lesão a preceito fundamental e a decisão proferida pelo tribunal deve fixar “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (Lei n. 9.882/1999, art. 10). Por força dessa peculiaridade é que “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (Lei n. 9.882/1999, art. 10, § 3º). Se o ato do Poder Público ofender direitos subjetivos de qualquer pessoa, sua reparação terá de ser demandada pelo legitimado ativo contra o poder responsável, através de ação própria. É evidente que no julgamento dessa demanda, em sendo o caso, o juiz deve atentar para o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental estabelecido pela decisão do STF.

#### **5 Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental**

De acordo com o *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.882, a arguição é cabível contra *ato do Poder Público* que cause lesão a preceito

fundamental. O inciso I do parágrafo único diz que “caberá *também*” a arguição “quando for *relevante* o fundamento da controvérsia constitucional sobre *lei ou ato normativo* federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

O ato do Poder Público hábil à propositura da arguição não precisa ser de índole normativa, podendo ser de outra natureza, cabível, em tese, a arguição contra, por exemplo, ato administrativo. Essa possibilidade inexistia no ordenamento jurídico nacional. Dessa lacuna decorria que qualquer ato administrativo, ainda que ostensivamente afrontoso de preceitos fundamentais de magna envergadura, somente podia ter sua constitucionalidade apreciada e decidida no âmbito do controle difuso. É inequívoco que o desrespeito às normas constitucionais, aí inclusos os preceitos fundamentais, não é apanágio dos atos de natureza normativa. No desempenho da atividade administrativa, o Poder Público, notadamente o Poder Executivo, graças à multiplicidade de sua ação e à plêiade de seus agentes, as transgride inúmeras e reiteradas vezes. Os tribunais estão abarrotados de ações propostas contra o Poder Público, em que se questiona a compatibilidade de atos administrativos com as normas constitucionais.

O ato impugnável pode ser de natureza normativa. Exige-se, em tal caso, que seja *relevante* o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo. Não basta, portanto, que o ato normativo atente contra preceito fundamental. Segundo a lei, é indispensável que haja *controvérsia constitucional* a respeito do ato normativo impugnado e, pior ainda, que seja *relevante seu fundamento*. A contrário, ainda que o ato normativo viole preceito fundamental, se sobre ele não houver controvérsia constitucional ou se ela não repousar sobre fundamento relevante, descaberia a arguição.

Em tese, concebe-se um ato normativo que, apesar de infringente de preceito constitucional fundamental, não tenha suscitado controvérsia constitucional. A incompatibilidade do ato normativo com a Constituição nem sempre é aferida de imediato. A lei, apesar de vigente, pode demorar a produzir efeitos. Ainda que os gere desde logo, aqueles que os sofrem nem sempre dispõem de condições de avaliação de sua constitucionalidade, ou, até mesmo, podem não ter se apercebido de sua invalidade. A controvérsia constitucional pode emergir exatamente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, não havendo amparo para ser

erigida à condição de pressuposto de sua propositura. Essa exigência é inconstitucional: afronta o parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição e também o devido processo legal substancial (CR, art. 5º, LIV).

Difícil, no entanto, é conceber ato normativo que tenha ensejado controvérsia quanto à sua conformidade com preceito fundamental e cuja polêmica não seja relevante. Se a controvérsia sobre a higidez constitucional de ato normativo tiver por suporte sua (in)compatibilidade com preceito fundamental, a divergência instaurada é, por sua própria natureza, de relevância inegável. Ou, então, não se trata de dissenso relacionado a preceito constitucional substancial. Se o dissenso não envolver interpretação e aplicação de preceito fundamental, a arguição será incabível por não caracterizado como tal o preceito tido por vilipendiado, e não pela irrelevância de seu fundamento.

A ADPF encontra campo fértil para tornar-se um instrumento eficaz de controle abstrato de constitucionalidade sempre que algum ato administrativo de qualquer dos poderes públicos, inclusive municipais, atente contra preceito fundamental da Constituição. Ela é o remédio para evitar ou reparar lesão a preceito dessa natureza, sempre que a ameaça ou a efetiva lesão *resulte de ato do Poder Público*, consoante deflui do *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.882, de 1999.

A ADPF foi erigida pelo constituinte como instrumento de controle da obediência a preceitos fundamentais constitucionais, sempre que inviável a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Sua finalidade é o respeito à integridade desses preceitos, tidos como normas essenciais do arcabouço jurídico. Se o legislador merece aplausos ao eleger como objeto da ADPF *ato do Poder Público capaz de causar lesão a preceito fundamental*, ele deve ser censurado quando, tratando-se de ato normativo, pretende submeter seu cabimento à existência de controvérsia constitucional sobre referido ato e à relevância de seu fundamento.

Não se pode olvidar que atos do Poder Público, ainda que não normativos, irradiam seus efeitos sobre significativa parcela do contingente dos administrados. A arguição prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição, e regulada pela Lei n. 9.882, de 1999, na medida que deve evitar que esses atos venham a consolidar lesões a preceito fundamental ou deve reparar as que eventualmente tenham se verificado, é contribuição valiosa para a tão almejada redução do número de processos judiciais.

## 6 Noção de preceito fundamental

Nem a Constituição nem a lei dizem o que é preceito fundamental. A primeira limita-se a prescrever que a arguição de seu descumprimento é da competência do STF; a segunda, que essa arguição tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito dessa natureza.

Preceito é norma, regra, ordem, determinação. A Constituição é o conjunto basilar das normas e regras do sistema jurídico. Sob esse aspecto, qualquer disposição constitucional poderia ser compreendida como preceito fundamental, porque as normas constitucionais consubstanciam os alicerces do ordenamento jurídico. Mas se toda e qualquer norma constitucional pudesse ser, para essa finalidade, considerada preceito fundamental, então o enunciado do artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição compreenderia toda e qualquer disposição da Lei Maior, e a ADPF se confundiria com outras ações de índole constitucional, especialmente com a ADIN e a ADC.

Fundamental é o que serve de base, que é essencial, necessário, indispensável. É o que não deve faltar, que não pode ser acidental.

Se não podemos, sob esse enfoque, reputar como preceito fundamental toda e qualquer norma constitucional, impõe-se restringir sua noção àquelas que servem de pilares estruturantes do ordenamento constitucional, às que constituem o suporte do sistema, às que se identificam com o solo firme sobre o qual ele se apoia.

Para Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, que sinaliza para “aquelas que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estatura axiológica”, sua noção “importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas – mais comumente princípios, mas eventualmente regras – traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo”. Esse autor cita, exemplificativamente, as normas que albergam “os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, [...] agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais” (arts. 1º a 4º), “os direitos fundamentais [...], o que abrangeria,

---

6 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266.

genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais” (art. 5º e ss.), “as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente”, bem como “os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal”.<sup>7</sup>

Célio Armando Janczeski<sup>8</sup> também se refere a rol semelhante de preceitos fundamentais, incluindo os princípios da ordem econômica (art. 170) e da ordem tributária (art. 145 e ss.).

José Afonso da Silva<sup>9</sup> os conceitua como “aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo constitucional [...] que conferem identidade à Constituição”. Para ele, os preceitos fundamentais “diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude dos valores que encampam e de sua relevância para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito”.

Embora a doutrina desempenhe papel relevante quanto à conceituação do que se deva entender por preceito fundamental, certo é que o STF já decidiu, por votação unânime, ser de sua competência “o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental” (ADPF n. 1-7/RJ, DJU, de 07.11.2003). Nesse precedente, o princípio fundamental que o arguente teve por violado era o da separação de poderes (CR, art. 2º), que o tribunal não questionou como tal. A arguição não foi conhecida, mas o fundamento de tal decisão repousou na natureza do ato considerado como infringente de preceito fundamental: o tribunal entendeu não ser “enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo – que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo – no conceito de ato do Poder Público, para os fins do artigo 1º, da Lei n. 9.882/1999”. Dessa forma, não há como fugir à realidade: preceito fundamental é ou será aquele que o STF definir como tal.

7 BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, cit., p. 267.

8 JANCZESKI, Célio Armando, *A arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, cit., p. 80.

9 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 554.

## 7 Inexistência de outro meio eficaz

Estabelece o parágrafo 1º do artigo 4º da Lei n. 9.882, de 1999, ser inadmissível a ADPF “quando houver qualquer outro meio *eficaz* de sanar a lesividade”. Ou seja, se existir no ordenamento jurídico instrumento processual apto a remediar o dano, não cabe a propositura da ADPF.

Excluídas as exegeses radicais<sup>10</sup>, e para que a ADPF não se transforme em instrumento sem valia e eficácia, deve-se interpretar o preceito legal restritivo de forma a evitar a inutilidade do mecanismo de controle abstrato previsto no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição.

Qual a compreensão que se deve dar à expressão “*outro meio eficaz de sanar a lesividade*”? Se a ela se der alcance que englobe as diversas ações que o ordenamento processual contempla, inclusive as de origem constitucional (*v.g.*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*), certamente a ADPF jamais será admissível, porque dificilmente se imaginaria uma lesão para a qual não houvesse remédio processual tendente a evitá-la ou repará-la. Interpretação dessa amplitude torna inócua a norma constitucional, porque ignora a prescrição de que para a defesa da integridade dos preceitos fundamentais existe a ADPF e de que a competência para decidi-la cabe ao STF. O constituinte não ignorava, certamente, que o ordenamento jurídico, notadamente o direito processual, contempla a possibilidade de qualquer lesão ser passível de deslinde pelo Poder Judiciário, tanto que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição veda terminantemente que a lei exclua de sua apreciação lesão ou ameaça a direito.

Nesse quadro, se o constituinte instituiu remédios processuais próprios para o desate judicial de determinadas ofensas ao ordenamento jurídico e também criou a ADPF com a finalidade por ele preceituada, ela não se subordina àqueles nem pressupõe o esgotamento dos respectivos trâmites processuais. Não parece razoável, portanto, pretender sujeitar a admissibilidade da ADPF à inexistência de qualquer outro meio processual hipoteticamente hábil à reparação da lesão a preceitos fundamentais.

---

10 Luís Roberto Barroso refere autores que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo ou que entendem que a arguição somente deveria ser admitida após esgotadas as vias normais de controle de constitucionalidade (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, cit., p. 273-274).

De outra parte, o legislador ordinário também não subordinou a admissibilidade da ADPF ao vácuo processual; caso o tivesse feito, cometeria afronta ao próprio parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição. A prescrição legal inadmite a ADPF única e exclusivamente se “houver outro *meio eficaz* de sanar a lesividade” e não qualquer outro meio. Nos termos da lei, é cabível a concessão de medida liminar na ADPF, inclusive por decisão individual do relator, *ad referendum* do tribunal, podendo essa decisão cautelar “consistir na determinação de que juízes e tribunais *suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais*, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada” (art. 5º). A decisão proferida pelo tribunal, para a qual se exige *quorum* qualificado (art. 8º), deve fixar “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” e “terá *eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*” (art. 10). Que outro mecanismo processual existe apto a produzir eficácia semelhante à da ADPF? Em outras palavras, qual o juiz ou tribunal dotado de poder jurídico capaz de suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ainda não transitadas em julgado e que possa proferir decisão cujos efeitos se irradiam contra todos e vinculam o Poder Público?

O *outro meio eficaz* de sanar a lesividade, cuja existência seria capaz de obstar a admissibilidade da ADPF, haverá de ser um remédio processual com a idoneidade de produzir os efeitos que a ADPF pode desencadear. O parâmetro de eficácia do *outro meio* referido pela lei há de ser a própria ADPF, isto é, esse *outro meio* obstativo da admissibilidade da arguição deve ser dotado, pelo menos em tese, de eficácia idêntica à da ADPF. Não basta que existam outros instrumentos ou mecanismos processuais hábeis à discussão da ofensa a preceito fundamental; é indispensável que eles possuam eficácia assemelhada à da ADPF. É o que pode ocorrer, por exemplo, em relação à ADIN e ou à ADC, as quais, dadas as circunstâncias de cada caso, podem representar outro meio eficaz de sanar a lesividade, impedindo, destarte, a propositura da ADPF.

Essa regra legal está fadada a causar muito polêmica e, quiçá, decisões em diversos sentidos. Num dos casos apreciados, o STF asseverou que “a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais,

contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional” (ADPF (AgRg) n. 17/AP, RTJ 184/373). No voto proferido, o relator Ministro Celso de Mello referiu-se a outras decisões que, em atenção ao dito princípio da subsidiariedade, não conheceram das arguições propostas (ADPF n. 3/CE, ADPF n. 18/CE, ADPF n. 12/DF e ADPF n. 13/SP). No caso por ele relatado, o Ministro Celso de Mello, acompanhado pela unanimidade de seus pares, também não conheceu da arguição<sup>11</sup> porque “no caso destes autos, ante a exposição objetiva dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, mostra-se evidente que há outros meios processuais – notadamente a ação popular constitucional – cuja utilização tornará possível neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente dos atos ora impugnados” (RTJ 184/379). *Data venia*, não é a ação popular instrumento processual capaz de impedir a propositura de ADPF se os demais requisitos desta estiverem satisfeitos, porque a ação popular não é dotada de eficácia similar à arguição.

## 8 A competência municipal

O artigo 30 da Constituição arrola as matérias de competência municipal. Entre elas, destacam-se a de “legislar sobre assuntos de interesse local” (inc. I), a de “instituir e arrecadar os tributos de sua competência” (inc. III), cujo elenco está previsto no artigo 156 (impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, sobre transmissão onerosa *inter vivos* de bens imóveis e sobre serviços definidos em lei complementar), a de “criar, organizar e suprimir distritos” (inc. IV),

---

11 Segundo o voto do relator, a arguição foi ajuizada pelo governador do Estado do Amapá “com o objetivo de obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e de investidura de seis (6) Desembargadores do Tribunal de Justiça local, em ordem a viabilizar a cessação de gravíssimas transgressões que – segundo sustenta – teriam sido praticadas, naquela unidade da Federação, contra princípios constitucionais de valores essenciais, consagrados nos arts. 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV, todos da Carta Política”.

a de “organizar e prestar [...] os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo” (inc. V) e “promover [...] adequado ordenamento territorial” (planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano – inc. VIII).

A aparente singeleza das matérias de competência municipal desfaz-se quando desdobradas na variedade dos assuntos que elas abrangem. A atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local é questão repleta, há anos, de dificuldades e divergências e debatida no Judiciário com frequência. Por exemplo, a questão relativa à fixação do horário de funcionamento do comércio local, sempre objeto de dissenso, já foi, na vigência da Constituição de 1988, levada inúmeras vezes à apreciação do STF. Ele já editara, antes da Constituição em vigor, a Súmula n. 419<sup>12</sup>, cuja tese não foi suficiente para orientar a interpretação do tema, tendo em 24.09.2003 sido publicada a Súmula n. 645.<sup>13</sup>

A localização espacial de determinados estabelecimentos comerciais também é assunto compreendido na competência municipal, mas que, dependendo da forma como é disciplinada, pode configurar ofensa ao princípio da livre concorrência. A Súmula n. 646 do STF<sup>14</sup> cristaliza interpretação do tribunal sobre hipótese de ofensa a esse princípio. No entanto, quando julgada lei municipal que exigia, para a instalação de postos de revenda de combustíveis, distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos escolares, igrejas e supermercados, ela foi considerada constitucional (RE n. 235.736/MG, 1ª Turma, RTJ 180/1.144). Outros temas também têm merecido análise do STF (*v.g.*, estacionamento de veículos, limitações ao direito de construir, tarifas de serviço público, serviços funerários).<sup>15</sup>

No campo tributário, muitas são também as questões que o STF tem sido chamado a deslindar. Quanto ao imposto sobre serviços, a compatibilidade de legislações municipais com normas e princípios

12 Súmula n. 419: “Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.”

13 Súmula n. 645: “É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”

14 Súmula n. 646: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

15 Ver: CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira, *Constituição Federal interpretada pelo STF*, cit.

constitucionais é tema que, não raro, está presente nas pautas do tribunal. O imposto sobre a transmissão onerosa *inter vivos* de bens imóveis também ocupou espaço na agenda do tribunal, sobrevivendo a Súmula n. 656 do STF<sup>16</sup>. A progressividade do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana foi objeto de várias decisões, antes da nova redação dada pela EC 29/2000 ao parágrafo 1º do artigo 156, dando origem à Súmula n. 668 do STF<sup>17</sup>. Relativamente às taxas de serviço ou de polícia, várias foram as leis municipais cuja constitucionalidade foi discutida no STF, com destaque para as de localização e funcionamento, de conservação de estradas, de limpeza pública e de iluminação.

Essa variedade de temas relacionados à competência municipal só chegou a ser decidida pelo STF depois de longo percurso processual. Como não se admitia o controle concentrado da constitucionalidade de atos dessa natureza, a única alternativa para o deslinde de sua conformidade com a Lei Magna, ainda que esses atos transgredissem preceitos constitucionais fundamentais, era através do controle difuso. Dessa forma, mesmo que ostensivamente inconstitucionais, sua apreciação pelo STF dependia da iniciativa, em cada caso, de pessoa dotada de legítimo interesse, isto é, apenas por meio da solução de litígios intersubjetivos era viabilizada a apreciação da higidez constitucional desses atos.

Não significa dizer, por outro lado, que a ADPF, acaso já disciplinada por lei, fosse o instrumento adequado para a solução de todas essas controvérsias. E, certamente, não o será doravante, se o ato municipal não afrontar preceito constitucional fundamental que autorize sua propositura. Mas é inegável que, a partir da Lei n. 9.882, de 1999, o deslinde de controvérsia sobre a constitucionalidade de ato do Poder Público municipal ou de lei ou ato normativo municipais pode e deve ser resolvido pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, evitando-se efetivamente sua transgressão e, especialmente, o penoso e perigoso percurso da marcha processual do controle difuso de constitucionalidade.

---

16 Súmula n. 656: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI – com base no valor venal do imóvel.”

17 Súmula n. 668: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional n. 29, de 13.09.2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

## 9 Considerações finais

Sabido que a ADPF não constitui instrumento processual hábil ao debate de toda e qualquer ofensa à Constituição, mas é remédio idôneo ao deslinde da contrariedade a preceito constitucional fundamental, conveniente ressaltar as cautelas a serem tomadas para deflagrar eficientemente sua propositura.

Combinando-se o discurso da norma constitucional (art. 102, § 1º) com o teor normativo das disposições da Lei n. 9.882, de 1999, para a propositura da ADPF constituem requisitos materiais indispensáveis (i) um ato do Poder Público (ii) que cause lesão a preceito fundamental, não havendo (iii) qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Se o ato do Poder Público for normativo, a lei impõe como condição a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental. Já observamos que essa condição legal não se afeiçoa ao texto da Constituição, esperando-se que a jurisprudência a afaste. É suficiente, para desencadear a arguição, que um ato do Poder Público, normativo ou não, descumpra preceito fundamental, não havendo outro meio eficaz para evitar a infringência perpetrada pelo ato, ou para reparar a lesão por ele causada.

Os requisitos formais são os elencados no artigo 3º da Lei n. 9.882, de 1999, que define o conteúdo mínimo da petição inicial, que poderá ser indeferida se não for caso de arguição, faltar algum dos requisitos ou ela for inepta. A comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental só é exigível “*se for o caso*” (inc. V), vale dizer, se existir a controvérsia e sua demonstração não impuser prova de difícil obtenção. A comprovação da controvérsia, ao contrário do que sugere a letra da lei, não é requisito de admissibilidade da arguição. Ela se torna indispensável, no entanto, se o autor almejar decisão liminar consistente na suspensão do andamento de eventuais processos em curso ou dos efeitos de decisões judiciais já prolatadas (art. 5º, § 3º).

Enquanto a jurisprudência não assentar interpretação que arrede a comprovação da existência de controvérsia relevante, é de boa cautela praticar a distinção entre atos de caráter normativo daqueles que não o são. Não se deve, entretanto, esquecer que qualquer ato não normativo do Poder Público, notadamente o administrativo, é e deve ser praticado,

por força do princípio da legalidade, com respaldo em lei. Se o ato administrativo for lesivo a preceito fundamental, ele é que deve ser questionado através da ADPF, e não o ato normativo que lhe serve de suporte, sob pena de, impugnado este, correr o autor da ADPF o risco de vê-la inadmitida, se não provar a existência de controvérsia judicial relevante, que pode não existir efetivamente, ser desconhecida ou de difícil ciência.

Ainda que a discussão da lesividade do ato envolva a interpretação de seu fundamento normativo, não será esse o objeto da ADPF e, conseqüentemente, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante, se constitucional fosse, não pode ser exigida. Deve-se atentar, outrossim, que o questionamento da lesividade de um ato do Poder Público não passa necessariamente pela apreciação da constitucionalidade da lei ou ato normativo que lhe sirva de sustentáculo, ou que tenha, errônea ou indevidamente, sido invocado como seu fundamento legal. Muitas vezes, o ato lesivo emerge da inapropriada interpretação das normas constitucionais, incluídos os preceitos fundamentais, ou dos atos normativos que o regulam. Vale dizer, a ofensa a preceito fundamental pode ser fruto da atividade exegética do agente público, e não do ato normativo correta ou incorretamente considerado como seu suporte jurídico.

A ofensa a preceito fundamental é pressuposto substancial da arguição, como previsto na norma constitucional (art. 102, § 1º). Ainda que o ato do Poder Público municipal, normativo ou não, contrarie várias normas constitucionais, se nenhuma delas for enquadrável no conceito de preceito fundamental, a arguição é inadmissível. Em tal caso, a constitucionalidade do ato somente pode ser discutida através de ação própria aforada pelo legitimado ativo, isto é, no âmbito do controle difuso. É, sem dúvida, questão central que, dada a imprecisão conceitual, obstará certamente algumas arguições. Sendo do STF a palavra final sobre o que se deve compreender como preceito fundamental, conforme visto em item precedente, a incerteza predominará, até que a jurisprudência venha a fixar orientação mais segura.

A inexistência de outro meio eficaz de sanar ou prevenir a lesividade do ato é outro requisito fadado a gerar divergências. A interpretação deve ser estrita, sob pena de tornar letra morta a norma constitucional e inócua a lei que a regulamenta, como já salientado em item precedente.

Questão de extrema importância prática é a legitimidade para a arguição. O artigo 2º da Lei n. 9.882, de 1999, contempla apenas aqueles

que o são para a ação direta de constitucionalidade (inc. I). O veto ao inciso II desse artigo, já referido linhas antes, sepultou qualquer possibilidade da arguição ser proposta por quem não figure no elenco do artigo 103 da Constituição. Em relação a atos do Poder Público municipal, o rol taxativo dos legitimados à propositura da arguição constituirá sério empecilho ao ajuizamento. A lei deveria, tendo em conta essa peculiaridade (arguição em relação a ato municipal), ter contemplado pelo menos a legitimidade ativa da Mesa da Câmara de Vereadores e ou do Procurador-Geral de Justiça do Estado. Não o tendo feito, resta aos interessados diretos esperarem a iniciativa de algum dos legitimados ativos para a ADIN.

O parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 9.882, de 1999, admite que o interessado represente ao Procurador-Geral da República, para que este a ajuíze. Evidentemente o interessado deverá elaborar representação consistente, porque deve inicialmente convencê-lo da existência dos requisitos substanciais à propositura. A possibilidade dessa representação já era admitida pelo STF em relação à ação direta. Em hipótese na qual entidade sindical pleiteou o ajuizamento de ADIN, o tribunal, considerando a representação formulada como *provocatio ad agendum*, reputou legítimo o comportamento da entidade, considerando-o como “pleito que traduz o exercício concreto do direito de petição” (ADIN (MC) n. 1.247-4, RDA 201/213 e RTJ 168/754).

A representação ao procurador geral não é a única alternativa. A provocação para agir também pode ser endereçada a qualquer outro legitimado ativo, especialmente ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a partido político com representação no Congresso Nacional, dos quais não se exige o requisito da pertinência temática<sup>18</sup> (ADIN n. 3, RT 142/363; ADIN (ED) n. 363-1, RT 738/199; ADIN (MC) n. 1.396-3, RT 731/173 e RTJ 163/530; ADIN n. 1.407, RTJ 176/578). Esse requisito

---

18 O requisito da pertinência temática é, segundo deflui de decisões do STF, “a adequação entre finalidades estatutárias e o conteúdo material da norma” (ADIN (MC) n. 1.114-6, DJU, de 30.9.1994). Exige o tribunal, para reconhecer a legitimidade ativa, por exemplo, das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, que haja um “vínculo objetivo de pertinência entre o conteúdo material das normas impugnadas [...] e a competência ou os interesses” de quem propõe ação direta de inconstitucionalidade. Esse requisito não é exigível pelo tribunal em relação a alguns legitimados (por exemplo, o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos, o Procurador-Geral da República), porque, quanto a eles, entende o tribunal que sua legitimidade é ampla e irrestrita.

é exigível quando a demanda constitucional é aforada por confederações nacionais, entidades de classe de âmbito nacional, Mesas de Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e governadores dos Estados e do Distrito Federal (ADIN (MC) n. 1.096, RTJ 158/441).

Se a ADPF não constitui o remédio para a moléstia que se alastrou pela estrutura judiciária do país, ela pode contribuir para uma melhor prestação dos serviços judiciários. A responsabilidade pela efetividade desse instrumento processual na solução de controvérsias de natureza constitucional e, por decorrência, para a redução do inusitado volume de demandas que congestionam essa estrutura, é de todos. A parcela de maior responsabilidade recai, evidentemente, sobre os legitimados ativos para a propositura da arguição e sobre o Supremo Tribunal Federal, aos quais cabe dar a esse instrumento a melhor e mais profícua utilização. Ao Poder Público em geral, notadamente aos poderes executivos, que necessita abdicar de interpretações que satisfaçam apenas aos interesses individuais ou grupais dos detentores temporários do poder. E de cada um dos indivíduos, aos quais cabe provocar a atuação das autoridades responsáveis visando à minimização de desvios que, além de rasgarem a Constituição, enfraquecem a sociedade.

## 10 Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 9. ed. reform. e atual. até maio de 2008. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

JANCZESKI, Célio Armando. A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o controle de constitucionalidade da lei tributária municipal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, n. 83, p. 73-85, nov./dez. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



# Vinculação de receitas públicas no orçamento

Dânae Dal Bianco<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Recursos finitos, necessidades infinitas. 2 O princípio da não afetação de receitas. 3 As vinculações constitucionais. 4 A excessiva vinculação de receitas orçamentárias. 5 A Desvinculação das Receitas da União (DRU). 6 Conclusões. 7 Referências.

---

## 1 Recursos finitos, necessidades infinitas

Um dos primeiros conceitos que aprendemos em aulas de economia é que as necessidades são infinitas, mas os recursos para atendê-las são limitados. Isso acontece em qualquer âmbito: das famílias, das empresas, dos governos e até mesmo em esfera mundial. Assim, faz-se necessário estabelecer prioridades e buscar um ponto de equilíbrio, no qual se consiga atender de forma satisfatória às necessidades, usando racionalmente os recursos disponíveis.

Num mundo ideal, onde todos os atores tivessem completa informação sobre as transações e agissem com boa-fé e objetividade, talvez fosse possível a obtenção desse ponto de equilíbrio. Mas mesmo nesse “mundo ideal”, teríamos dificuldade, pois há valores morais e escolhas subjetivas envolvidas: como quantificar e hierarquizar necessidades que parecem extremamente importantes e de valor inestimável? Face a uma situação em que fosse necessário escolher por direcionar recursos ao atendimento médico a gestantes de baixa renda ou à educação de jovens adolescentes em situação de risco, qual seria a decisão adequada? Não

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Mestranda em Direito na USP.

há resposta definitiva. Quando se trata de orçamentos públicos, a decisão correta é a escolhida pela sociedade, de forma livre e democrática.

Há diversas maneiras dessas escolhas serem feitas e implementadas. Sem dúvida alguma, a primordial é o processo legislativo, em que representantes legitimamente eleitos pela população estabelecem as regras que regerão a aplicação dos limitados recursos públicos. Papel não menos importante assume o Poder Executivo, também eleito democraticamente pela população, que desenvolve as ações para atender às escolhas legislativas e define efetivamente como cada recurso será alocado. O Judiciário, ao cada vez mais determinar, em última instância, necessidades a serem atendidas e formas de fazê-lo, assume um novo papel, definindo ações e políticas públicas. Esse último tema não será abordado neste trabalho.

Este artigo, organizado em 6 itens, discorrerá sobre a limitação do papel dos Poderes Legislativo e Executivo na definição de necessidades da população brasileira. Essa restrição é imposta pela Constituição Federal, que define limites mínimos de aplicação de receitas em determinadas atividades e vincula parcelas da arrecadação a finalidades específicas. Os itens 2 e 3 apresentam os conceitos e as vinculações orçamentárias existentes em nossa Constituição. No item 4 comenta-se o elevado grau de vinculação que hoje existe no orçamento público e suas causas e, em seguida, no item 5, o mecanismo de desvinculação das receitas (a Desvinculação das Receitas da União – DRU) e suas principais consequências. No último item, colocam-se críticas à excessiva rigidez orçamentária e as conclusões deste trabalho.

## **2 O princípio da não afetação de receitas**

A princípio, todos são livres para gastar seus recursos da forma como julgarem conveniente. Mas, na prática, não é bem assim. Mesmo quando se trata de finanças pessoais, há certas despesas – como tributos e pensões alimentícias – que, se não pagas, podem gerar severas consequências ao devedor. Exceto alguns casos muito específicos, todos tendem a concordar que cada um é quem define como vai gastar seu dinheiro.

Porém, quando se trata de recursos públicos, a situação é bastante diferente. O gestor público não é livre para aplicar os recursos da forma como bem entender. Ao contrário, deve empregá-los para atender a programas predeterminados pelo constituinte, pelo legislador ou pelo chefe do Poder Executivo, sempre tendo em vista a busca da satisfação do interesse público.

A razão para isso é clara: como se trata de valores arrecadados compulsoriamente de toda a sociedade, o titular desses recursos é a sociedade, não o gestor público individualmente considerado. Ele é mero administrador dos recursos e deve lhes dar destinação conforme determinado democraticamente por essa mesma sociedade. Temos, assim, uma vinculação implícita da totalidade dos recursos públicos à satisfação das necessidades públicas ou, nos dizeres de Ricardo Lobo Torres, “a arrecadação de impostos, taxas e contribuições deve se destinar exclusivamente a atender às necessidades públicas”, o que classifica como “princípio da destinação pública do tributo”.<sup>2</sup>

Sabemos que no ordenamento jurídico brasileiro, em especial em nossa Constituição Federal, há uma série de receitas públicas que se encontram previamente alocadas a despesas específicas, ou “carimbadas”, como se costuma dizer. Adiante serão detalhadas as vinculações constitucionais, mas, apenas a título ilustrativo, adianta-se que há a vinculação das Contribuições Sociais (INSS, COFINS, PIS e CSLL) à Seguridade Social (Saúde, Assistência Social e Previdência Social); a vinculação à saúde de 12% e 15% da arrecadação dos impostos dos Estados e Municípios, respectivamente, bem como de certo valor da arrecadação federal; a vinculação de 18% da arrecadação de impostos da União, e de 25% no caso de Estados e Municípios, ao ensino; bem como a obrigatoriedade de repartição das receitas tributárias da União com Municípios e Estados e da destes com Municípios. São receitas que, mesmo antes de serem arrecadadas, já têm destino certo e imutável.

Ao mesmo tempo, há um princípio inculcado em nossa Constituição que prega que as receitas oriundas de impostos não podem ser vinculadas a órgãos, fundos ou despesas específicas (art. 167, inc. IV)<sup>3</sup>. Trata-se do denominado princípio da não afetação da receita, que busca conferir flexibilidade na alocação dos recursos orçamentários, para que a própria Administração decida a melhor maneira de efetuar a execução orçamentária.

---

2 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121-122.

3 “Artigo 167 - São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, parágrafo 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, parágrafo 8º, bem como o disposto no parágrafo 4º deste artigo;” (Redação dada pela EC n. 42, de 19.12.2003)

Note que esse princípio aplica-se tão somente às receitas oriundas de impostos, ficando permitida a vinculação dos ingressos decorrentes de taxas e contribuições sociais e econômicas, ao contrário do que ocorria no regime de 1967/69, em que a não vinculação abrangia todos os tributos<sup>4</sup>

A não vinculação de receitas orçamentárias deveria ser a regra do ordenamento jurídico. Aliomar Baleeiro já dizia que “receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público, sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.<sup>5</sup>

Portanto, coexistem receitas livre e receitas vinculadas. O Poder Executivo, ao apresentar a proposta orçamentária e, posteriormente, ao executar os programas, e o Legislativo, ao discutir e aprovar a Lei Orçamentária, devem observar essas vinculações e não afetações. A seguir, apresentam-se as vinculações de receitas consagradas na Constituição.

### 3 As vinculações constitucionais

Antes de mais nada, é importante diferenciar duas situações.

A primeira é a *vinculação de receitas*, caso em que a arrecadação do tributo é predeterminada a uma finalidade específica. É o que ocorre, por exemplo, com as contribuições do empregado e do empregador ao Regime Geral de Previdência Social (contribuições ao INSS), que são integralmente destinadas ao financiamento dos benefícios desse regime previdenciário.

Há também as *despesas obrigatórias*. Nesses casos, as fontes de recursos são genéricas, mas é necessário que as despesas, em montantes preestabelecidos, sejam realizadas. Um exemplo é a regra vigente para aplicação de recursos da União em saúde (art. 77 do ADCT): no ano 2000, aplicação mínima do mesmo montante de 1999 acrescido de 5% e, nos demais anos, desse valor corrigido pela variação nominal do PIB. Outras despesas usualmente classificadas como obrigatórias são as despesas de pessoal, de benefícios previdenciários e da Lei Orgânica da Assistência Social, posto que, nesses dois casos, os benefícios já concedidos não podem

4 TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de direito financeiro e tributário*, cit., p. 121.

5 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 20.

ser interrompidos, devendo ser pagos até que o beneficiário incorra nas hipóteses legais de sua extinção (via de regra, até que faleçam).<sup>6</sup>

Mesmo sabendo dessa distinção – e que, conforme o aspecto abordado, ela possa ser relevante – trataremos ambas as situações de forma similar, pois, em sua essência, significam que o Constituinte predeterminou em que os recursos públicos serão utilizados.

O artigo 167 da Constituição Federal determina que as receitas de impostos não podem ser vinculadas a órgãos, fundos ou despesas. Isso significa que tudo que não for receita de imposto pode ser objeto de vinculação pelo legislador ordinário ou complementar, bem como pelo próprio constituinte. Dessa maneira, há uma infinidade de receitas de taxas e contribuições que têm destinação específica, definidas na Constituição, em emendas constitucionais ou leis. Não se tratará delas neste estudo, que visa apenas a identificar as vinculações constitucionais.<sup>7</sup>

Dado que o artigo 167, IV, impede a vinculação de impostos, impede também vinculações que abranjam os recursos orçamentários de forma global, já que eles são formados, entre outros, por receitas provenientes de impostos. Essa conclusão é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 227, parágrafo único, da Constituição do Estado de Pernambuco, que determinava que o Estado e os Municípios deveriam aplicar, no mínimo, 1% de seu orçamento global em programas de assistência integral à criança e ao adolescente. Nesse mesmo julgado, a Corte também concluiu que o Estado não pode estabelecer vinculação de receitas para os Municípios:

“[O Município de Recife] Deseja, apenas, ver preservada a competência para cuidar do próprio orçamento e de sua aplicação,

---

6 LOPREATO, Francisco Luiz C. Rumos da política fiscal: política econômica em foco. Suplemento n. 2 do *Boletim Semestral do Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica*, Campinas, Unicamp, n. 5, p. 3, nov. 2004/abr. 2005. Disponível em: <[http://www.eco.unicamp.br/asp-scripts/boletim\\_cecon/boletim5/Suplemento2.pdf](http://www.eco.unicamp.br/asp-scripts/boletim_cecon/boletim5/Suplemento2.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

7 A título de exemplo, a Lei n. 9.998/2000 prevê a vinculação de 50% dos recursos das outorgas e autorizações relativas às atividades de telecomunicações, do preço público cobrado pela Anatel para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização e da CIDE de 1% sobre a receita operacional bruta decorrente de prestação de serviços de telecomunicações, com destinação ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), cuja finalidade é proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço.

tudo na conformidade da Constituição Federal. [...] A vedação [à vinculação da receita prevista no art. 167, IV] é afastada, portanto, apenas nas hipóteses expressamente ressalvadas, que não abrangem os programas de assistência integral à criança e ao adolescente.” (STF – ADI n. 1.689, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 12.03.2003, v.u., *DJ*, de 02.05.2003, p. 25).

O mesmo artigo 167 da Constituição, que veda a vinculação de receita de impostos, estabelece as seguintes exceções à regra geral:

- Repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 (parcela do IR, ITR, IPVA e ICMS pertencentes aos Municípios) e 159 (repartição do IR, IPI e CIDE Combustíveis para Estados e Municípios), conforme o quadro seguinte:

Tabela 1 – Repartição das receitas tributárias da União e Estados – artigos 157 a 159 da Constituição Federal

Transferências aos Municípios (arts. 158 e 159 da CF)	Transferências aos Estados e Distrito Federal (arts. 157 e 159 da CF)
Produto da arrecadação do IR incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Municípios, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem	Produto da arrecadação do IR incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados e Distrito Federal, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem
50% do produto da arrecadação do ITR, relativamente aos imóveis situados nos Municípios	25% produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I (outros impostos não previstos na CF, instituídos mediante lei complementar)
50% do produto da arrecadação do IPVA relativo a veículos licenciados em seus territórios	21,5% do produto da arrecadação dos IR e IPI, destinado ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal
25% do produto da arrecadação do ICMS	10% do produto da arrecadação do IPI aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, sendo que entregarão aos respectivos Municípios 25% desse valor

Transferências aos Municípios (arts. 158 e 159 da CF)	Transferências aos Estados e Distrito Federal (arts. 157 e 159 da CF)
23,5% do produto da arrecadação dos IR e IPI, destinado ao Fundo de Participação dos Municípios	29% do produto da arrecadação da CIDE Combustíveis, sendo que 25% serão destinados aos respectivos Municípios

Aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, conforme previsto no art. 198, § 2º. Os percentuais e valores a serem vinculados devem ser definidos em Lei Complementar e, enquanto não publicada esta, são aplicáveis os estabelecidos no art. 77 do ADCT:<sup>8</sup>

Tabela 2 – Aplicação mínima em serviços públicos de saúde – artigos 198 da Constituição Federal e 77 do ADCT

União	Estados e Distrito Federal	Municípios
No ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, 5% De 2001 a 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do PIB (regra mantida para os anos posteriores)	12% do produto da arrecadação dos impostos de sua competência (ITCMD, ICMS e IPVA) e dos recursos recebidos em transferência obrigatória da União (arts. 157 e 159, I, a, e II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios)	15% do produto da arrecadação dos impostos de sua competência (IPTU, ITBI e ISS) e dos recursos recebidos em transferência obrigatória da União e Estados (arts. 158 e 159, I, “b” e § 3º)

- Aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme percentuais mínimos definidos no artigo 212 da Constituição Federal: 18% da receita resultante de impostos, no caso da União, e 25% no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (compreendida a receita proveniente de transferências e excetuada a receita que a União e os Estados transferirem a outros entes federados).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Na data de elaboração deste texto, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n. 306/2008, que regulamenta essa Emenda que, para Estados e Municípios, traz os mesmos percentuais previstos no ADCT.

<sup>9</sup> A Constituição do Estado de São Paulo determina a aplicação, na manutenção e no desenvolvimento do ensino público, de no mínimo 30% da receita resultante de impostos, incluindo recursos provenientes de transferências (art. 225).

No artigo 167 da Constituição há também exceções à regra da não vinculação, que configuram apenas a possibilidade de vinculação de receitas de impostos, nos seguintes termos:

- Realização de atividades da Administração tributária: conforme o artigo 37, XXII, as Administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuação de forma integrada.
- Prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, sendo que é permitido, pela lei orçamentária, vincular receita a essas operações.
- Vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das transferências recebidas (arts. 157, 158 e 159, I, “a” e “b”, e II), para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com ela.

Outras vinculações previstas na Constituição Federal e emendas são:

- Financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste. O artigo 159, I, “c”, da Constituição determina que 3% do produto da arrecadação do IR e IPI são destinados a aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento.
- Fundo de combate e erradicação da pobreza. Criado pela Emenda Constitucional n. 31/2000 (que incluiu os arts. 79 a 83 do ADCT), para vigorar até 2010, tem como objetivo a realização de ações que incrementem a dignidade da pessoa humana, incluindo ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas. São vinculadas ao Fundo, dentre outras receitas, parcela da arrecadação da extinta CPMF, parcela da arrecadação de adicional de 5% na alíquota do IPI incidente sobre produtos supérfluos, o imposto sobre grandes fortunas (ainda não regulamentado) e recursos recebidos pela União em decorrência da desestatização de sociedades de economia mista ou empresas públicas por ela controladas, a partir de 2002;

- Fundos de combate à pobreza estaduais, distrital ou municipais, previstos no artigo 82 do ADCT, que podem vir a ser instituídos e a eles alocados os recursos decorrentes da aplicação de adicional de até 2% na alíquota do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos ou, no caso de Municípios, 0,5% na alíquota do ISS sobre serviços supérfluos.
- Programas de apoio à inclusão social, que podem ser instituídos por Estados e Distrito Federal e a eles vinculados até 0,5% da receita tributária líquida, conforme o artigo 204 da Constituição Federal.
- Fundos estaduais de fomento à cultura, para o financiamento de programas e projetos culturais, previstos no artigo 216 da Constituição Federal, podem ser criados pelos Estados e Distrito Federal e a eles vinculados, até 0,5% da receita tributária líquida;
- Fundos de ciência e tecnologia, previstos no artigo 218, parágrafo 5º da Constituição, permitem aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. No caso do Estado de São Paulo, o artigo 271 da Constituição Estadual determina que 1% da receita tributária deve ser direcionado à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo para aplicação em desenvolvimento científico e tecnológico.

Como dito, receitas decorrentes de outras espécies tributárias, que não os tributos, podem ser vinculadas a finalidades específicas. Na Constituição Federal, encontramos as contribuições, espécie tributária que tem como principal diferença dos impostos a sua destinação a uma determinada finalidade.<sup>10</sup>

Dentre as diversas contribuições (abaixo resumidas), as mais relevantes são as contribuições sociais. Previstas no artigo 195 da Constituição, destinam-se ao financiamento dos benefícios e serviços da seguridade social, que compreende ações nas áreas de saúde, assistência

---

10 Já é pacífico no Supremo Tribunal Federal que as contribuições sociais têm natureza tributária: RE n. 138.284 e outros. Vide decisões que, reconhecendo a natureza tributária das contribuições sociais, estabeleceu a prescrição quinquenal das contribuições ao INSS e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, visto ser necessária lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária (RE ns. 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626).

social e previdência social. Trata-se do conceito de *welfare state*, em que o Estado atua fornecendo prestações aos cidadãos, buscando a redução das desigualdades sociais e econômicas. São os chamados direitos sociais, que são “direitos positivos”, pois correspondem a uma prestação devida pelo Estado, ao contrário de outros (como os individuais), que são “direitos negativos”, correspondendo à não intervenção do Estado. Ingo Wolfgang Sarlet chama a atenção para que, por serem decorrentes da atuação concreta do Estado, têm uma dimensão econômica relevante:

“É justamente pelo fato de que os direitos sociais prestacionais têm por objeto prestações do Estado (ao menos, em regra) diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais que se aponta, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. [...] Esta característica dos direitos sociais a prestações assumem especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica.”<sup>11</sup>

Tabela 3 – Contribuições e suas vinculações

Contribuição	Destinação
Contribuição social ao INSS	Pagamento de benefícios previdenciários
COFINS e COFINS - Importação	Financiamento da Seguridade Social
CSLL	Financiamento da Seguridade Social
PIS e PIS - Importação	Seguro desemprego e abono anual (FAT)
Contribuição social sobre receitas de concursos de prognósticos	Financiamento da Seguridade Social (conforme definido na lei de cada concurso)
Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT)	Benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho
Contribuição social sobre saldo do FGTS na despedida sem justa causa	Reposição ao FGTS para pagamento das diferenças de índices de correção monetária das contas do Fundo

11 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, p. 23, 2001.

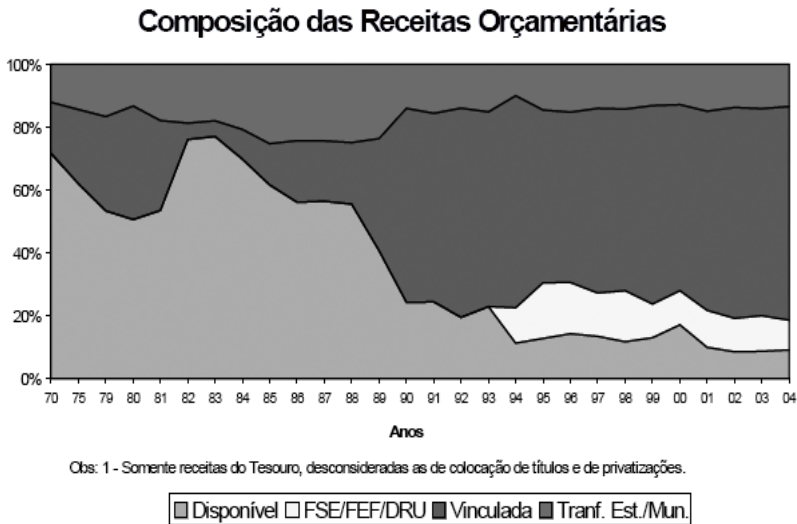
Contribuição	Destinação
CIDE Combustíveis	Pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; financiamento de programas de infraestrutura de transportes.
Outras CIDEs: CIDE Remessas ao Exterior, FUST, FUNTTEL, CONDECINE, AFRMM	Intervenção na atividade econômica que motivou a sua criação, conforme determinado nas respectivas leis
Sistema “S”	Destinam-se às respectivas entidades (SESI, SENAI, SENAC, etc.) e devem ser aplicadas pelas entidades na melhoria do estar social dos trabalhadores, aprendizagem, treinamento e atividades correlatas
Contribuição Sindical	Sindicatos e FAT, para custeio das atividades próprias e programas em favor dos trabalhadores e empregadores.
Contribuição Social aos RPPS	Pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos servidores.
Contribuição para iluminação pública	Custear os serviços municipais de iluminação pública
Salário Educação	Ensino fundamental, supletivo e educação especial
CPMF (extinta)	Dos 0,38%, 0,10% para previdência social, 0,08% para assistência social e 0,20% para saúde
Contribuição de melhoria	Instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado

Obs: Há também a contribuição ao FGTS (não tratada aqui, pois não tem natureza tributária, já que configura um direito do empregado que, sob determinadas condições, incorpora seu patrimônio: STF – RE n. 100.249).

#### 4 A excessiva vinculação de receitas orçamentárias

Críticas não faltam à excessiva rigidez orçamentária atualmente existente. Fernando Sertã Meressi chega a afirmar que “[o princípio da] Não afetação da receita (não vinculação): este é o princípio mais infringido no Orçamento da União, haja vista a excessiva utilização de vinculações de receitas, o que torna a peça orçamentária extremamente rígida”.<sup>12</sup>

O gráfico seguinte, elaborado pelo Ministério do Planejamento e atualizado até 2004<sup>13</sup>, mostra que uma parcela muito pequena do total da arrecadação tributária da União tem sua alocação livremente definida – e por isso entenda-se destinação proposta pelo Poder Executivo e definida, pelo Legislativo, na Lei Orçamentária.



Fonte: MERESSI, Fernando Sertã, *Macrodinâmica do orçamento*: texto para discussão, p. 26, com base em dados do Ministério do Planejamento

12 MERESSI, Fernando Sertã. *Macrodinâmica do orçamento*: texto para discussão. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 2005. p. 13. Disponível em: <[www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTexto\\_para\\_discussao.pdf](http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTexto_para_discussao.pdf)>. Acesso em 25 set. 2010.

13 Jorge Alberto Aguiar Soares apresenta gráfico semelhante, abrangendo o período até 2007; no entanto, optou-se por apresentar esse dado, pelo destaque à evolução ao longo das últimas décadas. (*A política fiscal e a alocação de recursos públicos*. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal (SOF), Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, outubro de 2007. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seminario\\_orcamento/conteudo/apresentacoes.htm](http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seminario_orcamento/conteudo/apresentacoes.htm)>. Acesso: 25 jun. 2010.

Além disso, esse gráfico mostra a evolução ao longo do tempo: houve uma gritante tendência de enrijecimento cada vez maior do orçamento público. Na década de 70, cerca de 70% dos recursos tinham sua alocação livremente definida, mas esse percentual foi sendo gradativamente reduzido ao longo do tempo, até chegar ao patamar de 10%.

O que chama a atenção nesse gráfico é a queda no percentual de recursos livres havida entre 1988 e 1990: de cerca de 60% para 20%, considerando a DRU, ou menos de 10%, a desconsiderando. A explicação para essa mudança reside na Constituição Federal de 1988. A Constituição cidadã consagrou uma série de direitos e garantias, criou um sistema de seguridade social digno de figurar, teoricamente, entre os melhores e mais abrangentes do mundo, universalizou o acesso à educação e saúde, dentre outros avanços no campo social.

De nada adiantaria a Constituição definir uma série de direitos, se não houvesse criado os correspondentes mecanismos para assegurá-los. Como talvez o constituinte duvidasse da capacidade administrativa dos futuros governantes, optou por vincular receitas públicas à efetivação dos direitos constitucionais. Essa vinculação de receitas é vista por muitos como essencial à garantia de que os avanços consagrados na Constituição de 1988 sejam atingidos e como a única forma de fazer com que o Estado possa cumprir os direitos prestacionais, direitos fundamentais de 2ª e 3ª geração, nela previstos, conforme destaca Frederico Menezes Breyner, *in verbis*:

“Esse novo modelo de intervenção estatal necessita de um suporte financeiro específico para sustentar seus deveres prestacionais, além das receitas destinadas ao custeio de seu gasto genérico. Caso contrário, a promoção do Estado Democrático de Direito, proclamada no artigo 1º da Constituição, seria expressão vazia de conteúdo, na medida em que não seria reservado o substrato financeiro para a promoção dos direitos fundamentais, notadamente aqueles de cunho prestacional.”<sup>14</sup>

O que se vê, no entanto, é que foram criadas diversas vinculações, muitas das quais não diretamente relacionadas à efetivação de direitos

---

14 BREYNER, Frederico Menezes. *Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às contribuições sociais sob a ótica dos direitos prestacionais fundamentais*. [2007?]. p. 13. Disponível em: <[http://www.sachacalmon.com.br/admin/arq\\_publica/58d2d622ed4026cae2e56dff5818a11.pdf](http://www.sachacalmon.com.br/admin/arq_publica/58d2d622ed4026cae2e56dff5818a11.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

sociais, mas sim que visam a repartir as receitas tributárias entre os diversos entes federados, diminuindo a centralização que havia na vigência da Carta anterior.<sup>15</sup>

Diversos são os efeitos negativos que o excesso de vinculação pode trazer aos orçamentos públicos e à garantia dos direitos que tais vinculações se propõem a proteger, o que será abordado ao final deste trabalho.

## 5 A Desvinculação das Receitas da União (DRU)

Face à rigidez orçamentária imposta pela Carta de 1988, se mostrou necessário, tão logo iniciada a estabilização econômica e o processo de saneamento das finanças públicas, sua reversão.<sup>16</sup>

A solução encontrada foi primeiramente a criação do Fundo Social de Emergência (Emenda Constitucional de Revisão n. 1/94), que tinha como objetivo o saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal, a estabilização econômica e execução de programas de relevante interesse econômico e social. Esse Fundo era composto por parcela da arrecadação de tributos como IR, ITR, IOF, CSLL e por 20% do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União. Posteriormente, esse fundo foi transformado no Fundo de Estabilização Fiscal, criado pela Emenda Constitucional n. 10/96 e prorrogado pela Emenda Constitucional n. 17/97.

Em 2000, com a Emenda Constitucional n. 27, esse Fundo foi substituído pela Desvinculação das Receitas da União (DRU), regulada por essa Emenda e pelas de ns. 42, 56 e 59, nos seguintes termos:

“Artigo 76 - É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação da

---

15 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Vinculações de receitas dos orçamentos fiscal e da seguridade social e o poder discricionário de alocação dos recursos do governo federal*. Brasília: 2003. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/vinculacoes\\_orcamentarias.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/vinculacoes_orcamentarias.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010; e AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*. Seminario Internacional Cohesion Social en América Latina y el Caribe: una revisión perentoria de algunas de sus dimensiones. Ciudad de Panamá, 7 y 8 septiembre 2006. Disponível em: <[www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/26527/Jose\\_Rodrigues\\_Br.pdf](http://www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/26527/Jose_Rodrigues_Br.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

16 SERRA, José; AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Tributação, seguridade e coesão social no Brasil*. Santiago do Chile: Organização das Nações Unidas, CEPAL, División de Desarrollo Social, 2007. p. 29. (Série Políticas Sociales, n. 133).

União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 56, de 2007).

§ 1º - O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos artigos 153, parágrafo 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, 'a' e 'b'; e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das destinações a que se refere o artigo 159, I, c, da Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003).

§ 2º - Excetua-se da desvinculação de que trata o *caput* deste artigo a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o artigo 212, parágrafo 5º, da Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 27, de 2000).

§ 3º - Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o artigo 212 da Constituição, o percentual referido no *caput* deste artigo será de 12,5 % (doze inteiros e cinco décimos por cento) no exercício de 2009, 5% (cinco por cento) no exercício de 2010, e nulo no exercício de 2011. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 59, de 2009)."

Em comparação com os mecanismos anteriores, a principal diferença é que a DRU deixou de receber recursos exclusivos provenientes da alteração de alíquotas de impostos e passou a ser formada exclusivamente pela desvinculação de receitas, e foram excluídas de sua base de cálculo as transferências constitucionais.<sup>17</sup>

A DRU deixa à União, para livre alocação, 20% de toda a receita decorrente de impostos (que, por sua natureza, deveriam ser desvinculados mas, como visto, há inúmeras vinculações estabelecidas na Constituição e permitidas para definição por meio de lei), de contribuições sociais (as previstas no art. 195 da CF) e de contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE, sendo que, atualmente, a mais relevante em é a CIDE Combustíveis).

---

<sup>17</sup> AFONSO, José Roberto Rodrigues, *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*, cit., p. 21.

Em novembro de 2009, com a Emenda Constitucional n. 59, a DRU foi atenuada no que tange às vinculações destinadas à manutenção e desenvolvimento do ensino: naquele ano, o percentual de desvinculação foi reduzido a 12,5%, caindo para 5% em 2010 e sendo extinto em 2011. Foi uma medida tomada no âmbito de uma reforma tendente a fortalecer o sistema educacional, acompanhada de outras determinações como tornar obrigatório o ensino dos quatro aos dezessete anos de idade e buscar a universalização do ensino obrigatório. Portanto, a extinção gradativa da DRU operada por tal emenda aplica-se tão somente aos recursos destinados constitucionalmente ao ensino, ou seja, o percentual de 18% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências.

Porém há algumas exceções à DRU: não há desvinculação das receitas destinadas ao salário educação (§ 2º do art. 76 do ADCT, acima transcrito), nem da arrecadação própria do INSS destinada ao pagamento de benefícios previdenciários (as contribuições do empregado, do autônomo, do empregador e equiparados previstas no art. 195, I, “a”, e II, conforme estabelece o art. 167, XI, da CF), bem como a parcela da antiga CPMF que era destinada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 80, § 1º, do ADCT).

Note-se que a DRU somente se aplica à União. Estados e Municípios permanecem obrigados a atender a totalidade das vinculações previstas na Constituição e em leis.

A DRU, criada por uma emenda constitucional, desvincula os recursos de suas finalidades constitucionais, sem definir novas finalidades para esses recursos. Tais receitas podem ser livremente alocadas, conforme vier a ser estabelecido anualmente na lei orçamentária e nos programas a serem desenvolvidos pelo Poder Executivo. José Roberto Rodrigues Afonso destaca que a desvinculação faz com que as contribuições e taxas, na prática, equivalham a impostos:

“O mecanismo de desvinculação, em tese, permite realocar recursos para finalidades distintas daquelas para o qual foi criado. Em outras palavras, receitas públicas federais que só existem como tal, porque foram vinculadas desde sua existência ou cobrança (caso das contribuições e taxas) se tornam impostos na prática, para fins de sua alocação orçamentária e também para desembolsos

financeiros. Uma coisa é cobrar imposto e depois direcionar sua aplicação – caso de vincular uma parcela da arrecadação para repartição federativa através dos fundos de participação estadual ou municipal ou para aplicação em ações públicas, como ensino. Outra bem diferente é já recolher sob o pretexto de destinar recursos, por exemplo, para custear previdência, saúde e assistência (caso das contribuições para seguridade), ou financiar o programa do seguro-desemprego (caso do PIS), ou coletar lixo ou iluminar as vias públicas (taxas), dentre outros exemplos.”<sup>18</sup>

Como era de se esperar, as críticas à DRU são volumosas, especialmente quando se trata de desvinculação de contribuições sociais. A justificativa é que as contribuições são os tributos definidos constitucionalmente como fonte de recursos para a implementação dos direitos sociais consagrados na mesma Constituição. Nesse sentido, a DRU implica uma destinação dos recursos a outros fins que não os previstos na Constituição e, como instituída por emenda constitucional, poderia ser declarada inconstitucional. Dentre outros, advogam essa tese Fernando Facury Scaff e Frederico Breyner, *in verbis*:

“[...] os valores que a Constituição estabelece como devendo ser utilizados obrigatoriamente em determinada finalidade não podem ser reduzidos ao bel prazer do legislador de plantão, mesmo que investido de poderes de reforma da Carta. [...] O procedimento adotado através destas emendas constitucionais acarretou a utilização de verbas vinculadas (afetadas) a uma destinação para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos, e que, *in casu*, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos (ou, como deseja parte da doutrina, dos direitos fundamentais sociais) por falta de recursos destinados à sua implementação, destinados a outras finalidades.”<sup>19</sup>

“O desvirtuamento da destinação preestabelecida abala todo o sistema constitucional da seguridade social. Por esse motivo,

---

18 AFONSO, José Roberto Rodrigues, *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*, cit., p. 22.

19 SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a Desvinculação das Receitas da União (DRU). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 236, p. 41-48, abr./jun. 2004.

a DRU fere um dos princípios fundantes do Estado de Seguro Social, erigido pelo constituinte com vistas a garantir condições mínimas de existência e dignidade aos cidadãos por meio da garantia dos direitos fundamentais prestacionais, qual seja, a afetação da receita destes tributos ao gasto social a ser realizado. A Emenda Constitucional n. 42/2003 infringe, portanto, um limite material implícito ao poder de emendar a Constituição.”<sup>20</sup>

Se os juristas combatem a DRU alegando sua inconstitucionalidade material e a ofensa que consubstancia à garantia dos direitos fundamentais de segunda geração, na seara econômica se prefere combatê-la mostrando os efeitos perversos que gera às finanças públicas.

Afonso<sup>21</sup> e Rezende<sup>22</sup> destacam que a desvinculação incentivou o aumento da carga tributária, mediante a elevação das contribuições sociais, pois elas não estão sujeitas a repartição com Estados e Municípios e geram 20% de sua arrecadação para livre alocação pelo governo federal. Oliveira também chama atenção para o fato de que as contribuições sociais “têm assumido gigantescas proporções e sido alvo de distorções no abastecimento dos cofres públicos da União”.<sup>23</sup>

Essa opção tributária gera um “nó fiscal”, conforme explica Rezende, pois ao aumentar tributos com destinação específica para gerar caixa para superávit primário, o governo se vê obrigado a ampliar as ações às quais aqueles tributos são destinados, já que 80% do aumento deve ser aplicado nessas finalidades. Com isso, gera-se um “efeito cremalheira”, onde cada novo aumento de contribuições sociais para gerar caixa induz um novo aumento nos gastos sociais e, no período seguinte, a necessidade de novo aumento tributário para gerar caixa adicional. Nas palavras do autor:

“Esse nó tem origem na dualidade tributária criada com a separação de dois campos tributários – o dos impostos propriamente

20 BREYNER, Frederico Menezes, *Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às contribuições sociais sob a ótica dos direitos prestacionais fundamentais*, cit., p. 15.

21 AFONSO, José Roberto Rodrigues, *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*, cit., p. 23.

22 REZENDE, Fernando. *O dilema fiscal: remendar ou reformar?* Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 7.

23 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 146.

ditos e o das contribuições sociais. Essa dualidade trouxe múltiplas consequências perversas. De um lado, forçou o governo federal a utilizar as contribuições sociais para aumentar sua arrecadação, em face da obrigação de entregar mais da metade da receita de impostos a Estados e Municípios, o que acarretou a deterioração da qualidade do sistema tributário. De outro, aumentou o engessamento do orçamento e os antagonismos na Federação, e trouxe maiores dificuldades à eficiência da gestão pública.

Essas distorções se acentuaram à medida que a necessidade de promover o ajuste fiscal por meio da geração de elevados e crescentes superávits fiscais jogou nas costas dos responsáveis pela arrecadação federal a responsabilidade por gerar os superávits requeridos. Com isso, as contribuições foram adquirindo importância crescente na composição da receita federal e já superaram, hoje em dia, o total arrecadado por meio dos impostos.

Essa opção, embora eficiente do ponto de vista das metas do ajuste fiscal, tinha um grave inconveniente. É que sendo as receitas derivadas da expansão das contribuições vinculadas a gastos com a seguridade social, tornava-se necessário adotar medidas para permitir que elas fossem utilizadas para sustentar os superávits fiscais, o que foi feito por meio de sucessivas emendas constitucionais que desvincularam 20% das receitas assim obtidas. Mas aí, outro problema apareceu. Ao aumentar as contribuições para gerar os superávits, o governo gerou também o próprio aumento dos gastos, visto que os 80% que permanecem vinculados abriram espaço para o crescimento dos gastos abrangidos pela seguridade social, uma vez que só aí podiam ser aplicados.”<sup>24</sup>

José Roberto Rodrigues Afonso destaca o desequilíbrio no pacto federativo gerado pelo aumento de carga tributária via contribuições sociais:

“As mudanças tributárias provocaram também um novo arranjo federativo, como foi demonstrado: um movimento recorrente de todos os governos federais no período pós-constituinte foi elevar as contribuições para a seguridade social e outros tributos, que não sejam sujeitos à repartição de receitas com Estados e Municípios. Isto se deveu ao exagero na partilha constitucional da

---

24 REZENDE, Fernando, *O dilema fiscal: remendar ou reformar?*, cit., p. 6-7.

arrecadação dos impostos. A União procurou explorar as mesmas bases dos impostos, através de contribuições, que não são compartilhadas e ainda estão sujeitas à menos restrições ao poder de tributar – como é o caso do princípio de anualidade, que não alcança as contribuições para a seguridade social. Nesta década, ficou clara a tendência a recentralização gradual e contínua na divisão federativa da receita tributária.”<sup>25</sup>

Outros doutrinadores, tanto da área econômica quanto jurídica, também lembram que as contribuições sociais são tributos de má qualidade, pois são cumulativos, não respeitam a capacidade contributiva, oneram exportações, estimulam a informalidade e reduzem a competitividade da economia brasileira<sup>26</sup>. Pereira ressalta que o sistema tributário brasileiro se tornou extremamente regressivo, pois “aumento da receita impositiva processou-se por meio da elevação de contribuições com incidência cumulativa (PIS, COFINS, CPMF)”<sup>27</sup>. O próprio Ministério do Planejamento reconhece que “o FSE/FEF/DRU é um instrumento temporário importante, mas não resolve a questão de flexibilidade da política fiscal”.<sup>28</sup>

Face a todos os argumentos levantados, fica evidente que a DRU foi o mecanismo possível de se implantar para liberar recursos orçamentários para fazer frente a outras necessidades da sociedade brasileira que não aquelas inicialmente estabelecidas pelo constituinte.

Apesar das críticas, não parece que seja uma solução inconstitucional, pois regularmente estabelecida na Constituição, ainda que por via do poder constituinte derivado, na mesma hierarquia jurídica que as

---

25 AFONSO, José Roberto Rodrigues, *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*, cit., p. 36.

26 AFONSO, José Roberto Rodrigues, ob. cit.; e SILVA, Mauro Santos. *Vinculações de receitas não financeiras da União*. Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 8., Panamá, 28 a 31 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047828.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.

27 PEREIRA, José Matias. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 169.

28 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, *Vinculações de receitas dos orçamentos fiscal e da seguridade social e o poder discricionário de alocação dos recursos do governo federal*, cit., p. 23.

normas constitucionais que estabeleceram originalmente as vinculações. Mas mais importante, não deve ser considerada inconstitucional, pois a desvinculação de parte das receitas destinadas a satisfazer certos direitos não lhes retira o caráter de direitos fundamentais, nem muito menos os exclui do plano de privilegiada proteção constitucional. Ao contrário, é importante deixar certa margem de discricionariedade ao administrador, para que se possa, face às necessidades específicas de cada momento, definir a melhor forma de alocação dos recursos públicos, com vistas a atingir os objetivos e os direitos sociais previstos na Constituição.

## 6 Conclusões

Retoma-se agora o tema posto logo de início: a Constituição determina aos legisladores e gestores públicos quanto e em que aplicar significativas parcelas das receitas públicas. Não se questiona a necessidade de criar mecanismos para garantir direitos fundamentais e viabilizar recursos para que certas necessidades sociais sejam atingidas. A questão é: o caminho, tal como posto em nossa Constituição, é adequado? Há melhorias que poderiam ser analisadas e implementadas?

Vincular fontes de receita a gastos específicos e estabelecer despesas obrigatórias reduz o poder decisório do gestor público. A discricionariedade para avaliar as necessidades e prioridades públicas e definir quais e como serão atendidas é mitigada. A predeterminação de quais recursos serão destinados a quais finalidades pode ocasionar excesso de recursos em programas de menor prioridade e falta em outros de maior relevância.

Por certo, ter uma fonte de recursos para executar as ações é importante. Mas não é suficiente e, em certas situações, pode gerar o efeito contrário ao que se espera. Ter recursos destinados a certas atividades e não saber como – ou não querer – aplicá-los gera desperdício e ineficiência na gestão pública. Como há uma fonte de recursos garantida, não há estímulo para que o gestor público atue de forma econômica, racional e eficiente – ao contrário, já que há recursos e eles devem ser gastos, o efeito pode ser perverso.

As vinculações de receita foram estabelecidas de forma permanente, sem mecanismos ou critérios de revisão ou avaliação. Vincularam-se recursos à educação, por exemplo, mas não se estabeleceu uma

periodicidade e um critério para avaliar se os recursos vinculados estão sendo bem aplicados. Como não há *accountability*, pode ocorrer ineficiência na aplicação dos recursos, já que não há incentivo algum para a implantação de melhorias na gestão.<sup>29</sup>

Outra consequência é que grupos políticos com maior influência ou poder de barganha conseguem, por meio de alterações constitucionais, reservar recursos para atender a seus interesses, em prejuízo de necessidades – não menos importantes – defendidas por interesses menos articulados. Como ficam as necessidades sociais que não recebem do constituinte uma fonte de receitas específica? São elas menos importantes que as demais? Por exemplo, não há vinculação constitucional específica para a preservação do meio ambiente. José Marcos Domingues de Oliveira<sup>30</sup> desenvolve raciocínio favorável à vinculação de receitas a tal finalidade, o que em seu entender geraria resultados positivos, e defende a criação de uma vinculação específica para custeio de atividades estatais relacionadas com a prevenção e recuperação do meio ambiente.

Correlacionada com essa questão, Ricardo Lobo Torres afirma:

“As vinculações as receitas de impostos têm a desvantagem de engessar o orçamento público e, se não reservadas à garantia de direitos fundamentais, tornam-se meras políticas públicas indevidamente constitucionalizadas, como aconteceu com boa parte das despesas com a saúde e a educação nos últimos anos.”<sup>31</sup>

Além disso, as vinculações são estabelecidas de forma rígida, válidas para o ano em que criadas e para todos os demais. Não se ajustam, portanto, às modificações e alterações que a sociedade sofre ao longo do tempo. Os recursos continuam congelados e direcionados a necessidades relevantes, mas que podem não se mostrar mais tão carecedoras de recursos públicos como outras, enquanto novas necessidades terão que disputar os escassos recursos não vinculados<sup>32</sup>. A solução para esse

29 SILVA, Mauro Santos, *Vinculações de receitas não financeiras da União*, cit., p. 12.

30 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

31 TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de direito financeiro e tributário*, cit., p. 120.

32 MERESSI, Fernando Sertã, *Macrodinâmica do orçamento*, cit., 31.

problema acaba se dando pela elevação da carga tributária, com a criação ou elevação de tributos para atender às necessidades não contempladas pelos recursos já vinculados.

Outra consequência é que a vinculação de receitas muda o foco da discussão política: ao invés dos grupos de interesses se mobilizarem para obter recursos e produzir resultados efetivos, para assim justificar as verbas recebidas, o ponto central da discussão passa a ser formal-contábil: quais tipos de despesas devem ser incluídas na finalidade daquela vinculação. Apenas como exemplo, muito se discute se despesas com inativos e pensionistas da educação devem ser incluídas nas vinculações constitucionais para a área.

“É curioso que esta forma inusitada de vincular o tamanho do gasto em proporção do PIB (que foi escolha das autoridades fazendárias da época e não das sanitárias) quebrou o vínculo entre necessidade de recursos, busca de fontes e defesa de sua criação ou expansão – como ocorreu antes no caso da CPMF. Ou seja, a bancada parlamentar da saúde não precisa mais lutar pela cobrança de qualquer contribuição, pois passou a ter um patamar de gasto predeterminado, independente da existência e do tamanho da fonte de recursos. O conflito passou a se dar em torno da definição do conteúdo de saúde (se incluiria ou não gastos com saneamento ou com a saúde dos próprios servidores, por exemplo), do ponto de partida (o gasto no ano base) e das projeções do PIB.”<sup>33</sup>

À guisa de conclusão, pode-se dizer que é necessária uma reformulação de caráter amplo que reorganize a estrutura tributária da Federação e as vinculações de receitas hoje vigentes, conciliando maior flexibilidade na alocação orçamentária e responsabilidade na gestão das políticas públicas, com a criação de incentivos adequados à eficiente aplicação dos recursos públicos.

Como consideração final, parece importante ter em mente que a solução dos problemas sociais não depende apenas de garantia de recursos, mas também da eficiência com que esses recursos são aplicados.

---

33 AFONSO, José Roberto Rodrigues, *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*, cit., p. 26-27.

## 7 Referências

AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Universalização do gasto e diversificação das fontes de financiamento: o caso da seguridade social no Brasil*. Seminario Internacional Cohesión Social en America Latina y el Caribe: una Revision Perentoria de Algunas de sus Dimensiones. Ciudad de Panamá, 7 y 8 septiembre 2006. Disponível em: <[www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/26527/Jose\\_Rodrigues\\_Br.pdf](http://www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/26527/Jose_Rodrigues_Br.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Vinculações de receitas dos orçamentos fiscal e da seguridade social e o poder discricionário de alocação dos recursos do governo federal*. Brasília: Fevereiro 2003. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/vinculacoes\\_orcamentarias.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/vinculacoes_orcamentarias.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

BREYNER, Frederico Menezes. *Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às contribuições sociais sob a ótica dos direitos prestacionais fundamentais*. [2007?]. Disponível em: <[http://www.sachacalmon.com.br/admin/arq\\_publica/58d2d622ed4026cae2e56dff5818a11.pdf](http://www.sachacalmon.com.br/admin/arq_publica/58d2d622ed4026cae2e56dff5818a11.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

CONTI, José Maurício. *Direito financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 13. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

LOPREATO, Francisco Luiz C. Rumos da política fiscal: política econômica em foco. Suplemento n. 2 do *Boletim Semestral do Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica*, Campinas, Unicamp, n. 5, nov. 2004/abr. 2005. Disponível em: <[http://www.eco.unicamp.br/asp-scripts/boletim\\_cecon/boletim5/Suplemento2.pdf](http://www.eco.unicamp.br/asp-scripts/boletim_cecon/boletim5/Suplemento2.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2010.

MERESSI, Fernando Sertã. *Macrodinâmica do orçamento: texto para discussão*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 2005. Disponível em: <[www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTexto\\_para\\_discussao.pdf](http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTexto_para_discussao.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2010.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, José Matias. *Finanças públicas*: a política orçamentária no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

REZENDE, Fernando. *O dilema fiscal*: remendar ou reformar? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, p. 11 e ss. 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a Desvinculação das Receitas da União (DRU). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 236, p. 33-50, abr./jun. 2004.

SERRA, José; AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Tributação, seguridade e coesão social no Brasil*. Santiago do Chile: Organização das Nações Unidas, CEPAL, División de Desarrollo Social, 2007. p. 29. (Série Políticas Sociales, n. 133).

SILVA, Mauro Santos. *Vinculações de receitas não financeiras da União*. Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 8., Panamá, 28 a 31 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047828.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.

SOARES, Jorge Alberto Aguiar. *A política fiscal e a alocação de recursos públicos*. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal (SOF), Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, outubro de 2007. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seminario\\_orcamento/conteudo/apresentacoes.htm](http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seminario_orcamento/conteudo/apresentacoes.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



# O direito fundamental ao governante probo, a análise da vida pregressa do candidato e a presunção de inocência/não culpa: uma análise à luz da Lei da “Ficha Limpa”

Erik Boson<sup>1</sup>

*“Oh, Congresso Nacioná! Se com dois te botaram, com três eu te tiro; pelos poder do supremo, pelos poder dos poder; poder das força divina, poder do PPPP. (aí diz o nome do Partido cabaço de pebice e virge de ladroage). [...] Perdoai, oh perdoai! Mais duas vez perdoai, esses partido safado, ferino e falsificado lá da casa de carái! [...] Depois da reza aplaudida o cabra solta em seguida, um tirinete de fogos do fumaceiro avoar, Estado Zunido zunir e corruto se mijar.”*

(QUIRINO, Jessier. Oração forte e milagrosa para afugentar o mau olhado do Congresso Nacioná. In: *Bandeira nordestina*. Recife: Bagaço, 2006).

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve histórico dos aspectos fáticos relevantes para a contextualização do tema. 3 Presunção de inocência x presunção de não culpa. 4 Da existência do direito fundamental ao político probo. 5 A Lei da Ficha Limpa e o princípio da presunção de inocência/não culpa: possibilidades hermenêuticas.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Corrupção e Impunidade no Brasil vinculado ao programa de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia e pós-graduando em Direito do Estado pela mesma instituição.

5.1 A presunção de inocência como garantia a incidir exclusivamente no domínio do direito penal. 5.2 A presunção de inocência como aplicável a todos os ramos do direito e excludente dos critérios de inelegibilidade previstos na Lei da Ficha Limpa. 5.3 A presunção de inocência como aplicável a todos os ramos do direito, mas compatível com os critérios de inelegibilidade previstos na Lei da Ficha Limpa. 6 Conclusão. 7 Referências.

---

## 1 Introdução

Este trabalho tem por escopo traçar pensamentos acerca da aparente contradição entre os conceitos que o intitulam. É dizer, passa-se por uma abreviada análise da garantia constitucional da presunção de inocência, do mandamento constitucional da análise da vida pregressa do candidato e pela existência de um direito fundamental ao governante probo, com uma breve incursão no assunto das inelegibilidades, para tratar dos pressupostos necessários e, por fim, discutir as possibilidades hermenêuticas que se apresentam à luz da Lei da Ficha Limpa.

Este debate se revela de extrema relevância, uma vez que, mesmo aprovada, a sistemática das inelegibilidades trazida pela Lei Ficha Limpa continua tendo sua constitucionalidade contestada, sob a alegação de que não passaria pelo filtro da presunção de inocência. São diversos os argumentos contrários, bem assim os favoráveis à sua aplicação, cada um com pressupostos e conclusões interessantes, mas absolutamente díspares.

Desde já, registra-se a advertência de que a finalidade do trabalho não é esgotar a discussão do tema. Mormente em se considerando a grandeza dos conceitos aqui discutidos, a única pretensão é deles se utilizar para alicerçar a discussão nuclear almejada, sem nunca deixar de registrar posicionamento próprio acerca das considerações colocadas.

Para a realização minimamente a contento do objetivo traçado, inicia-se com uma breve incursão nos acontecimentos, remotos e recentes, que influenciaram a consolidação do estado atual do problema proposto. Narra-se, assim, um retrospecto desprezioso, abdicado de qualquer intenção de completude histórica, para apenas dar ênfase aos elementos fáticos considerados mais pertinentes à questão que se pretende tratar.

Isso feito, parte-se para a análise da garantia da presunção de inocência e das consequências dos contornos constitucionais do instituto. Na ocasião, reflete-se ainda sobre a eventual existência de uma presunção de não culpa em detrimento da presunção de inocência e das consequências jurídicas que adviriam da adoção de cada um destes conceitos, excludentes entre si.

Em seguida passa-se a identificar, no âmbito da moralidade e da probidade administrativa, o que se denominou de direito fundamental ao político probó, erigindo-o ao patamar não apenas de um direito com sede constitucional, mas como um direito fundamental público subjetivo de qualquer cidadão.

Por último, postos os alicerces conceituais imprescindíveis, adentra-se no núcleo do problema proposto. Inicialmente, identifica-se cada uma das possibilidades hermenêuticas encontradas para, a partir de então, destrinchar as repercussões práticas de sua adoção.

## **2 Breve histórico sobre aspectos fáticos relevantes para a contextualização do tema**

Em outras épocas o Brasil já considerou inelegíveis quaisquer cidadãos em relação aos quais houvesse sido recebida uma denúncia oferecida pelo Ministério Público. Tal qual previa a legislação pertinente (malgrado soe estranho aos ouvidos do senso comum jurídico atual), o marco inicial da inelegibilidade era exatamente este: o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público. Trata-se da previsão outrora constante da alínea “n” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n. 5/70, que dizia serem inelegíveis “os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no artigo 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados”.

Embora tal regra de inelegibilidade não mais exista no ordenamento jurídico nacional (a aludida lei foi revogada pela atual LC n. 64), é importante o registro histórico, para visualizar que a historicidade inerente aos direitos fundamentais é ponto fulcral na análise do tema aqui proposto.

Isso se mostra ainda mais relevante, quando se tem em conta que o atual parágrafo 9º do artigo 14<sup>2</sup> da Carta Magna (que traz o permissivo constitucional para que lei complementar estabeleça outras hipóteses de inelegibilidade, além das previstas na própria Lei Fundamental) não tem hoje a sua redação originária. Em verdade, a Emenda Constitucional de Revisão n. 4 alterou substancialmente a redação do dispositivo, para fazer constar a tão aclamada expressão da “vida pregressa” e, por conseguinte, para permitir a discussão do assunto ora em tela.

Explique-se: a atual lei sobre inelegibilidades (LC n. 64/90) foi promulgada numa época em que inexistia a previsão expressa da observância da vida pregressa do candidato, de maneira que os seus dispositivos faziam, reiteradas vezes, menção à necessidade do trânsito em julgado para a efetivação do quanto dispunham. A título exemplificativo, registre-se uma das previsões da Lei Complementar n. 64:

“Artigo 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados criminalmente, *com sentença transitada em julgado*, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;”

Em 1994, contudo, a partir da Emenda Constitucional de Revisão n. 4, a proteção à probidade administrativa e à moralidade para exercício de mandato deveriam, por imperativo constitucional, considerar a vida pregressa do candidato, consoante passou a dispor o texto da Carta Magna.<sup>3</sup>

2 Antiga redação (originária): “§ 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

3 Atual redação: “§ 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994).

Diante desse fenômeno, surgiram diversas interpretações, dentre as quais se destaca a defesa da aplicação imediata e direta da nova redação do dispositivo, ante uma não recepção das repetidas expressões que exigiam “sentença transitada em julgado” (e outras análogas), uma vez que contradiziam a nova redação constitucional.

Tal embate culminou no ajuizamento, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144, que tinha por escopo a obtenção de um provimento jurisdicional, com efeitos *erga omnes* e vinculante, que determinasse a todos os Juízos eleitorais, de qualquer instância, que observassem a autoaplicabilidade da norma contida no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 44/94. Noutras palavras, a ação tinha a finalidade de possibilitar à Justiça Eleitoral deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato, independentemente de prévio trânsito em julgado.

A sobredita arguição de descumprimento de preceito fundamental, no entanto, não obteve o resultado almejado. Ao revés, diante do natural efeito dúplice de que dispõe esse tipo de ação, o Supremo Tribunal Federal aproveitou a oportunidade justamente para fazer consolidar o entendimento contrário. Ou seja, a partir daquele momento, não poderia mais a Justiça Eleitoral ignorar a literalidade da Lei Complementar n. 64, sob a alegação de autoaplicação da nova redação do parágrafo 9º.

Assim, trocando em miúdos para o dito popular, “o tiro saiu pela culatra”. Foi graças ao ajuizamento dessa arguição de descumprimento de preceito fundamental que o Supremo Tribunal Federal pôde pronunciar efeito vinculante à observância do trânsito em julgado previsto na Lei Complementar n. 64. Tal foi a decisão obtida:

“Decisão: Por unanimidade, o Tribunal acolheu a questão de ordem suscitada pelo senhor Ministro Celso de Mello (relator), no sentido de julgar, desde logo, o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em consequência do acolhimento desta questão de ordem, o Procurador-Geral da República, Doutor Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, proferiu, oralmente, parecer na presente sessão. Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencidos os senhores Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito

e Eros Grau, reconheceu a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), rejeitando, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas. No mérito, o *Tribunal, por maioria, vencidos os senhores Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do relator, decisão esta dotada de efeito vinculante*, segundo a Lei n. 9.882/99. Votou o presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pela arguente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Doutor Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiæ*, Partido Progressista (PP), o Doutor Marcus Vinicius Furtado Coelho e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. O relator comunicou ao Plenário que, em decorrência de pedido, somente nesta data formulado, admitiu a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) como *amicus curiæ*. Plenário, 06.08.2008.”

Foi nesse contexto que surgiu a proposta de lei de iniciativa popular apelidada de “Lei da Ficha Limpa”, que intentava alterar a Lei Complementar n. 64, para o fim de, concretizando o mandamento constitucional da observância da vida pregressa, retirar a exigência do trânsito em julgado para a aplicação das inelegibilidades legais.

Após apresentado ao Congresso, todavia, o projeto inicial sofreu algumas alterações, que, embora não tenham eliminado o espírito original, modificaram substancialmente a proposta.

É dizer, o projeto não conseguiu tramitar pelo Congresso com a mesma redação com que lá chegou, tendo sido alterado para o fim de modificar a alteração do termo inicial da inelegibilidade inicialmente proposto (sentença de primeiro grau), para um meio-termo: a decisão de um órgão judicial colegiado.

Ressalte-se que a exigência de decisão proferida por um órgão colegiado não significa necessariamente uma decisão em sede recursal. Vale lembrar que existem hipóteses de competência originária dos Tribunais (a exemplo do julgamento criminal de prefeitos), nos quais a primeira decisão já é obtida por um órgão colegiado, de modo que, *per si*, já constituiria óbice à candidatura.

E foi então, nesses termos, que o projeto da Lei da Ficha Limpa foi recentemente aprovado pelo Congresso.

Tal aprovação, contudo, não ultimou os debates que circundavam porque a discussão atual gira em torno da própria constitucionalidade da inovação. É dizer, indaga-se se, quando em contraponto com o chamado princípio da presunção de inocência, subsiste a constitucionalidade da iniciativa.

É onde iniciamos nosso debate.

### **3 Presunção de inocência x presunção de não culpa**

No ordenamento jurídico nacional, ordinariamente se retira a ideia da presunção de inocência da previsão constante do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que tem o seguinte teor: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Da leitura perfunctória do dispositivo, facilmente se apercebe que a Constituição não fez referência literal expressa a uma presunção de inocência, mas tão somente a uma presunção de não culpa. Diante de tal circunstância, discute-se se tal redação representaria, em verdade, uma opção constitucional. Noutras palavras, discute-se o que realmente foi consagrado pela Carta Magna.

Parte majoritária da doutrina afirma que, embora os termos utilizados não sejam coincidentes, foi consagrada a presunção de inocência:

“Na Constituição Federal brasileira não se ‘presume’ a inocência, mas declara-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.”<sup>4</sup>

Há, entretanto, aqueles que insistem que a Constituição Federal não traz palavras inúteis, de modo que o princípio adotado teria sido o da presunção de não culpa por expressa determinação constitucional. Assim, para esses, “o imputado é sempre, e só, imputado, para o fim de

---

4 BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 22.

desenvolvimento do processo e durante o processo”<sup>5</sup>. Desse modo, ele não seria considerado nem inocente nem culpado, mas apenas lhe seria resguardado um estado de neutralidade que, malgrado lhe proteja de uma antecipação da pena, não impede a utilização de medidas cautelares.

Há ainda aqueles que defendem a irrelevância da distinção, ou seja, que os referidos princípios seriam sinônimos e levariam à mesma consequência. É dizer, seria indiferente afirmar que a garantia constitucional se refere a uma presunção de inocência (presunção positiva) ou de não culpa (presunção de neutralidade) uma vez que, levando-se em conta que para o início do cumprimento da pena haveria a necessidade de uma certeza da culpa (certeza negativa), ambas teriam a mesma repercussão prática.

Trata-se, em verdade, de uma questão que deve ser observada sob uma perspectiva lógica. É dizer, afirmar que existe uma garantia à presunção de inocência é afirmar a garantia de um estado positivo no sujeito, o estado de inocente.

Assim, afirmar que esse estado positivo de inocência deve vingar até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória é o mesmo que afirmar que devem ser considerados irrelevantes todos os atos processuais anteriores, até o momento em que não seja mais cabível a utilização de qualquer recurso.

Noutras palavras, se se considera o indivíduo em relação ao qual pende uma sentença de condenação criminal um inocente, nenhuma diferença de tratamento a ele pode ser dada, quando se compara com aquele indivíduo que sequer foi indiciado em algum inquérito policial. É dizer, se ele é inocente, como todos os demais inocentes deve ser tratado.

Por outro lado, afirmar uma presunção de não culpa para o réu até o trânsito em julgado é assegurar um estado de neutralidade que, malgrado não permita qualquer antecipação de punição, permite um juízo diferenciado em relação àqueles não sentenciados. Ou seja, afirmar a presunção de não culpa é afirmar que aquele sujeito contra o qual pende uma sentença condenatória criminal, embora ainda não possa ser tratado como culpado, já poderia ser encarado como um não presumidamente

---

<sup>5</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 48.

inocente, de modo que poderia sofrer algumas restrições, quando em comparação ao sujeito não sentenciado.

Por certo que se sobre determinado sujeito já pende um convencimento concorrente de um magistrado, um delegado e um membro do Ministério Público acerca da autoria de uma infração penal, até mesmo à luz da isonomia, não é constitucionalmente aceitável que a presunção jurídica que sobre ele recaia seja a mesma daquele sujeito que jamais participou de qualquer processo penal. Noutras palavras, se alguém nunca foi réu, por óbvio que é presumivelmente inocente, mas se já foi réu e condenado em primeiro grau, não pode ser considerado mais um presumivelmente inocente, mas apenas (e por aplicação da garantia constitucional) um presumidamente não culpado.

Aliás, se entendida a presunção de inocência da forma anteriormente mencionada, do ponto de vista pragmático, isso equivale a dizer que tal hermenêutica praticamente estabelece uma cláusula de reserva de jurisdição penal ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que apenas suas decisões (já que irrecorríveis) poderiam ter alguma efetividade. Seria mais prático e ágil, inclusive, estabelecer, em matéria penal, uma competência universal originária para o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, se entendida a presunção de inocência como diuturnamente se define, sequer seriam admissíveis as prisões cautelares, ou até mesmo as cautelares reais, de modo que naturalmente se apercebe que a definição e a aplicação que se faz da regra são, em si, contraditórias.

Ora, é que malgrado costume se definir a garantia em tela como presunção de inocência, renegando a ela os contornos constitucionais, o tratamento que costuma lhe ser dado é justamente o da presunção de não culpa. É dizer, a doutrina usual costuma denominar de presunção de inocência justamente aquilo que tecnicamente se conceituaria como uma presunção de não culpa.

E não se confunda o que aqui foi dito com a mencionada defesa de que ambas as presunções seriam coisas idênticas. Diametralmente o oposto. Aqui se defende justamente a distinção entre elas, e, apesar de se admitir que do ponto de vista prático ambas conferem proteção à antecipação da pena, do ponto de vista conceitual elas são amplamente distintas, o que redundará em efeitos práticos enormes, mas cuja pormenorização não se coaduna com o objetivo deste trabalho.

#### 4 Da existência do direito fundamental ao político probro

Grande parte da doutrina, de início, acomodou-se a não empregar muita imperatividade ao princípio da moralidade previsto na Constituição. Acostumou-se, ao revés, a identificá-lo como uma mera concretização do princípio da legalidade, de maneira que da moralidade administrativa não derivaria nenhuma mandamento novo para os administradores, mas apenas uma especificação do mandamento anterior de obediência à lei.

Tal exegese deriva da ideia de que o conceito de moral administrativa é por demais vago e impreciso, de modo que, na sua aplicação, acaba sendo absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

Esquece-se tal doutrina que a Constituição Federal de 1988 empregou à moralidade administrativa uma concreitude que a torna praticamente palpável do ponto de vista jurídico. Trata-se, primordialmente, dos instrumentos postos à disposição de qualquer cidadão para a garantia da moralidade administrativa, mormente o direito de petição e a ação popular.<sup>6</sup>

Sob o prisma constitucional, portanto, a moralidade administrativa não foi assegurada apenas como um mero princípio da administração pública, mas essencialmente como um direito público subjetivo de qualquer cidadão, e, como tal, exigível administrativa e judicialmente.

Não é outra senão a conclusão da Ministra Carmen Lúcia:

“A moralidade administrativa tornou-se não apenas um direito, mas direito subjetivo público do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto. A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma ‘razão de estado’.

6 “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

Na perspectiva democrática, o direito de que se cuida é legitimamente elaborado pelo próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes. A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.”<sup>7</sup>

Aliás, sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a cidadania e deve obediência ao princípio republicano, outra não pode ser a conclusão.

Para tal exegese, não é dispensável considerar ainda a sede constitucional da previsão. É dizer, não se pode desprezar a natureza constitucional da previsão da moralidade administrativa, notadamente destacada da própria legalidade<sup>8</sup> no *caput* do capítulo que se refere à administração pública.

Dessa observação topológica se deduz o tratamento especial que é dado à moralidade, de maneira a ficar evidente que o constituinte não a fez confundir com a legalidade, mas a tratou como um princípio específico e distinto, norteado não apenas pelo conceito da juridicidade, mas pela própria noção de moralidade como uma obrigação extranormativa, embora positivada.

Aliás, ignorar a previsão constitucional da moralidade administrativa, aliada aos reiterados mandamentos de proteção à probidade, é furtar-se à força normativa da Constituição, além de negá-la a máxima efetividade que se impõe como cânone hermenêutico.

Diante da obrigação primordial de obediência à Constituição, outra não é a conclusão de José Afonso da Silva:

“O Estado Democrático de Direito se rege por diversos princípios, além dos princípios da legalidade (art. 5º, II) e da divisão de poderes (art. 2º), presentes em qualquer forma de Estado de

7 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 190-191.

8 “Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

Direito. Têm, porém, relevos especiais o princípio democrático, já referido, e o *princípio da constitucionalidade*, que exprimem, em primeiro lugar, que o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes, e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional. A importância disso, para o nosso tema, está em que a Constituição agasalha agora, também, o *princípio da moralidade*, amparado, assim, não por mero princípio da legalidade, mas pelo princípio mais elevado da constitucionalidade, que lhe dá a força vinculante superior que lhe é própria, com eficácia garantida por instrumentos constitucionais explícitos.”<sup>9</sup>

Assim, entendida a própria moralidade como garantia constitucional, outra conclusão não é possível senão o entendimento de que essa garantia se espalha pelo texto constitucional, erigindo ao patamar de garantia fundamental toda proteção da probidade pública.

Dessa forma, são direitos fundamentais não apenas as previsões instrumentais do direito de petição ou da ação popular, mas também os próprios direitos objetos dessa proteção. São, então, também direitos fundamentais tanto a moralidade na administração pública do artigo 37, como a probidade administrativa do parágrafo 9º do artigo 14.

Ora, se é direito fundamental a moralidade na administração pública, indubitável a conclusão de que também é direito fundamental a existência de um governante honesto, conforme também concluiu Djalma Pinto: “Todo cidadão tem direito ao governante honesto, esse, efetivamente, o reconhecimento do constituinte ao atribuir magnitude constitucional ao princípio da moralidade, que precisa ser melhor avaliado entre nós.”<sup>10</sup>

Registre-se, portanto, que a proteção à probidade administrativa que se pretende pela alteração proposta pela Lei da Ficha Limpa não se limita a uma mera inovação legislativa. Em verdade, para além da

9 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 127.

10 PINTO, Djalma. A vida pregressa no contexto da elegibilidade. *Semestre Eleitoral*, Salvador, Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, v. 2, n. 2, p. 231-240, jul./dez. 1998.

possibilidade de efetivação fática do próprio mandamento da observância da vida pregressa, trata-se de um processo legislativo para a concretização do direito fundamental ao governante probo.

## **5 A Lei da Ficha Limpa e o princípio da presunção de inocência/não culpa: possibilidades hermenêuticas**

Diante da iniciativa popular de propor o Projeto Ficha Limpa, muito se discutiu sobre seus aspectos constitucionais. Diversas questões foram levantadas. Falou-se acerca de uma alegada restrição à soberania popular na escolha de seu representante, e até da legitimidade do Judiciário para impor inelegibilidades. De todas as questões, contudo, a que se sobressaiu foi a que diz respeito à implicação que o princípio da presunção de inocência/não culpa poderia acarretar às mudanças legislativas propostas.

É dizer, se existe uma presunção de inocência, e se ela é aplicável à questão das inelegibilidades, tal sistemática seria compatível com a iniciativa de declarar inelegível quem ainda não foi condenado por decisão transitada em julgado? Tal repercussão deveria ser considerada como uma antecipação da pena e, portanto, inaplicável à luz da presunção de inocência?

Ressalte-se que todas essas questões, embora superadas no âmbito do Poder Legislativo, tendo o projeto sido aprovado, ainda não foram totalmente superadas, uma vez que a lei ainda está sendo contestada no âmbito doutrinário e, muito certamente, ainda o será na esfera judicial.

Dessa forma, a levar em consideração uma eventual relação entre a presunção de inocência e a nova sistemática de inelegibilidades trazida pela Lei da Ficha Limpa, três situações hermenêuticas se afiguram possíveis.

Numa primeira exegese, defende-se que o domínio de incidência da presunção de inocência se restringiria à esfera penal, o que, por óbvio, não abarcaria a questão das inelegibilidades.

Numa segunda hermenêutica, entende-se a presunção de inocência como incidente no caso e que, em assim sendo, e tão somente por isso, restaria inconstitucional e inaplicável a modificação legislativa concretizada pela aprovação da Lei da Ficha Limpa.

Numa terceira possibilidade, existe a interpretação de que a presunção de inocência seria aplicável, malgrado abrangida pela ideia da não culpa e mitigada pelos cânones da hermenêutica constitucional.

Passa-se, agora, a uma tentativa de explanação acerca de quais seriam as consequências de cada uma dessas perspectivas.

### **5.1 A presunção de inocência como garantia a incidir exclusivamente no domínio do direito penal**

Esta primeira hipótese parte principalmente da literalidade da previsão constitucional da presunção de inocência. Trata-se do inciso LVII do artigo 5º que, na sua redação constitucional, faz expressa previsão apenas às sentenças penais, não se referindo em momento algum às sentenças eleitorais, cíveis ou administrativas.

Tal é a redação do citado dispositivo: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de *sentença penal* condenatória;”

Diante da disposição textual normativa, parece claro que a Constituição se refere ao direito penal. Desse modo, segundo tais defensores, por haver previsão expressa somente em relação à sentença penal, aqui estariam excluídos os demais ramos do direito.

Registre-se, inclusive, a indignação de alguns adeptos com a transcendência da presunção de inocência. Segundo eles, as consequências dessa interpretação seriam inadmissíveis. É o que defende Paulo Fernando Silveira:

“A prevalecer o equivocado entendimento de que o restrito princípio penal da inocência se projeta para todas as áreas do direito, inclusive o administrativo, ocorrerá o absurdo de ter-se de dar posse a um juiz de direito ou a um delegado de polícia que tenha sido condenado por crime de corrupção ou fraude, com sentença ainda não transitada em julgado, em face da situação isonômica deles com a dos políticos, a qual, constitucionalmente, não se pode ignorar. É inegável o constrangimento social que será causado pelo fato de o inquérito policial ser presidido por esse tipo de delegado ou a licitude da conduta do réu ser julgada por um magistrado já condenado judicialmente por improbidade ou corrupção. Na área civil, por exemplo, haverá um retrocesso, caindo por terra conquistas recentes. Doravante, ficarão sem efeito os dispositivos que cuidam da responsabilidade objetiva por danos, independentemente da apuração de culpa (CC, arts. 12 e 14).

Também fica derogada a inversão do ônus da prova de que trata o Código do Consumidor (art. 14, §3º), já que o fabricante, o produtor e o prestador de serviços passam a ficar protegidos pelo princípio da inocência, ou seja, só serão considerados culpados se forem condenados definitivamente, incumbindo a prova a quem alegar o prejuízo.”<sup>11</sup>

Mas esse não é o único fundamento dos defensores desta corrente. Eles se apoiam ainda na própria origem da presunção de inocência para fazê-lo incidir apenas no direito penal. É dizer, como tal princípio teria surgido como uma arma para a proteção do particular em face da opressão estatal da pretensão punitiva penal, a ela deveria ficar restrita, uma vez que só com seus ditames guardaria consonância.

A respeito do histórico da presunção de inocência, é válido citar Ricardo Alves Bento:

“A evolução da presunção de inocência pode ser constatada pelo reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão em face do dever estatal de exercício da pretensão punitiva, quando um cidadão for infrator de conduta tipificada enquanto crime. A pretensão punitiva deve observar critérios de cunho constitucionais, para que não se obtenha, através de investigações policiais ou de condenações criminais, violações dos fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro.”<sup>12</sup>

Embora a exegese de fazer não incidir a presunção de inocência sobre sistemas não penais pareça bastante atraente para os que deliberadamente pretendem fazer aplicar a Lei da Ficha Limpa, não parece intelectualmente honesto ignorar as consequências dessa defesa.

Ora, em primeiro lugar, “não se interpreta a Constituição em tiras”<sup>13</sup>, mas sim, à luz do princípio da unidade constitucional, como um complexo sistemático que se expressa pelo todo, e não pelas partes.

---

11 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Supremo Tribunal Federal: tempo de mudança e de fortalecimento*. p. 16. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23840/supremo\\_tribunal\\_federal\\_tempo.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23840/supremo_tribunal_federal_tempo.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 03 maio 2010.

12 BENTO, Ricardo Alves, *Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 4.

13 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176.

Em assim sendo, o simples fato da redação do citado inciso fazer referência expressa somente à sentença penal não autoriza a interpretação de que estaria vedada a sua aplicação aos demais ramos do direito.

Isso porque o referido inciso traz uma garantia que, como tal, deve ser interpretada amplamente e entendida como uma prerrogativa do cidadão contra os desmandos estatais. Dessa forma, essa proteção merece guarida não apenas na seara penal, mas em toda situação em que o sujeito se encontrar ameaçado pelos desmandos do abuso de poder.

Aliás, a prevalecer que a presunção de inocência se fizesse restringir apenas ao âmbito penal, restaria impossível, por exemplo, proteger servidores públicos contra abusos das punições disciplinares em processos administrativos. Ou seja, poderia o administrador presumir a culpa de um servidor e licitamente demiti-lo, imbuindo-lhe ainda o ônus de ser o responsável por provar sua inocência (ao invés de ser o administrador responsável por provar a falta cometida).

Ou ainda, no direito civil, nada impediria que o juiz estabelecesse presunção de fraude em relação a negócio jurídico celebrado por determinadas partes. E pior, tendo a ação de improbidade uma natureza civil por expressa disposição constitucional, então seria possível estabelecer presunções de improbidade em relação a determinados sujeitos que, por isso mesmo, teriam o ônus de se provarem probos para o fim de impedir que lhe sejam cominadas todas as sanções por improbidade.

Como se vê, embora à primeira vista aparente ser uma fácil solução, a expectativa de uma consolidação do entendimento de que a presunção de inocência se restringiria à esfera penal não seria nada agradável, quando observada de uma perspectiva de maior amplitude.

## **5.2 A presunção de inocência como aplicável a todos os ramos do direito e excludente dos critérios de inelegibilidade previstos na Lei da Ficha Limpa**

A segunda hipótese mencionada trata da possibilidade de entender a presunção de inocência como incidente na sistemática trazida pela Lei da Ficha Limpa e, por isso mesmo, entendê-la como inconstitucional.

A hermenêutica que redonda nessa conclusão parte do pressuposto inicial já comentado aqui de que a presunção de inocência caracterizaria

o sujeito acusado de uma presunção positiva de inocência, de maneira que nenhuma restrição poderia haver em face de sua proteção.

É dizer, mesmo condenado em primeira instância e por órgão de 2º grau, ou, quiçá ainda tendo sua condenação confirmada, pela terceira vez, por um Tribunal Superior, ainda assim tal sujeito deveria ser tratado sem nenhuma distinção em relação àquele cidadão que nunca respondeu a nenhum processo penal, porque a ele também se aplicaria a presunção de inocência, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para tais defensores, seria absolutamente irrelevante o fato de a Lei da Ficha Limpa ter sido aprovada com a previsão de que a inelegibilidade só se daria com a decisão de um órgão judicial colegiado. Para eles, seja órgão colegiado ou seja órgão singular, em qualquer dos casos estaria se ferindo a presunção de inocência, uma vez que nenhuma consequência poderia advir para o acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Aqui vale resgatar a discussão já travada anteriormente acerca da distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpa.

Em verdade, esquecem tais defensores do entendimento usual que já é conferido à presunção de inocência. Na realidade, o fato de ainda inexistir o trânsito em julgado da condenação apenas obsta a antecipação da aplicação da pena, mas não tem o condão de evitar, por exemplo, a adoção de medidas cautelares reais ou pessoais. Trata-se, em verdade, da aplicação, sob o pseudônimo de presunção de inocência, do que foi entendido como presunção de não culpa, de modo a permitir a restrição de algumas situações, em razão do estado de neutralidade que circundaria o sujeito nessa circunstância.

Aliás, de um ponto de vista macro e extraprocessual, as inelegibilidades não passam de medidas cautelares que visam a assegurar o bom desenvolvimento do processo eleitoral, ou, como prefere a literalidade do próprio parágrafo 9º do artigo 14, assegurar e “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Dessa forma, o argumento do afastamento dos dispositivos da Lei da Ficha Limpa pela incidência da presunção de inocência pode facilmente

ser contornado pelo mesmo entendimento que permite, no âmbito do processo penal, a atual prisão cautelar dos presumidamente inocentes.

A essa altura do discurso jurídico, parece bastante superficial a alegação de que a tão só incidência da presunção de inocência no regime de inelegibilidades teria, *per se*, o condão de impedir a aplicação da nova sistemática trazida pela Lei da Ficha Limpa. Ao revés, mesmo em se considerando aplicável a presunção de inocência, parece bem mais adequada uma análise um pouco mais aprofundada do conflito, antes de se concluir pelo afastamento das inovações, o que fatalmente redundaria na exegese posterior.

### **5.3 A presunção de inocência como aplicável a todos os ramos do direito, mas compatível com os critérios de inelegibilidade previstos na Lei da Ficha Limpa**

A terceira e última hipótese interpretativa suscitada leva em conta cânones da hermenêutica constitucional e conclui que, a despeito da incidência da presunção de inocência no âmbito das inelegibilidades, a nova sistemática trazida pela Lei da Ficha Limpa pode ser aplicada exatamente como nos moldes previstos, uma vez que ambas são perfeitamente compatíveis.

A defesa desta terceira exegese tem a vantagem de não negar nenhum dos conflitos existentes e comumente mencionados, mas apenas trabalhar para compatibilizá-los. É dizer, não se nega a incidência da presunção de inocência, mas, ao revés, a admite em todo o ordenamento. Da mesma forma, não se nega a contradição entre esta presunção e os critérios de inelegibilidade trazidos pela Lei da Ficha Limpa, mas apenas traçam-se as diretrizes de como solucionar essa aparente antinomia.

Para tal hermenêutica, não se poderia negar a incidência da presunção de inocência para os domínios extrapenais, mormente para aquelas situações com óbvias repercussões restritivas de direitos. Nesse diapasão, a garantia da presunção de inocência não guardaria limites restritos, mas, ao revés, poderia ser uma bandeira a ser levantada sempre que se entendesse adequado, seja qual for o ramo do direito, inclusive no que se refere às inelegibilidades.

É fato que tal presunção é uma garantia constitucional, e, como tal, um direito fundamental. Ocorre que, como todo e qualquer direito, a

presunção de inocência não pode ser encarada como absoluta, devendo, por sua vez, ser compatibilizada com a moralidade administrativa e com o já referido direito fundamental ao governante probo.

Não se há de olvidar, ainda, que o mandamento constitucional da observância da vida pregressa também tem guarida constitucional e, aliado à moralidade e à probidade administrativa, bem assim ao citado direito ao governante probo, não deve simplesmente ceder espaço à presunção de inocência, mas com ela ser compatibilizado.

Invoca-se, portanto, o que doutrinariamente se convencionou chamar de princípio da concordância prática ou da harmonização, um cânone da hermenêutica responsável por orientar a solução de aparentes antinomias entre direitos constitucionais.

Segundo esse postulado, em caso de conflito ou concorrência entre os bens constitucionalmente protegidos, a interpretação deve ser orientada no sentido de não sacrificar totalmente um pela proeminência de outro. Tal princípio tem fundamento na ideia de que todos os bens jurídicos tutelados pela Constituição ostentam igual valor.

No dizer de Inocêncio Mártires Coelho:

“Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum. Como a consistência dessa recomendação não se avalia *a priori*, o cânone interpretativo em referência é conhecido também como princípio da concordância prática, o que significa dizer que é somente no momento de aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em ‘conflito’, dando a cada um o que for seu.”<sup>14</sup>

---

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 136.

É dizer, não existem direitos absolutos. Mormente numa Constituição de valores ecléticos (como a nossa), todo direito que tem guarida constitucional deve ser tutelado com a mesma intensidade, não sendo possível (e nem mesmo recomendável) a negação de algum para a prevalência de outro.

Nesse sentido, a presunção de inocência tem a mesma importância constitucional que o direito ao governante probro, de modo que mesmo incidindo a mencionada presunção no regime das inelegibilidades, tais direitos devem ser compatibilizados, e não mutuamente excluídos.

Embora tal compatibilização (como induz a pensar o próprio nome do princípio da concordância prática) demande a análise do caso concreto, em abstrato já é possível afirmar que a existência concomitante de ambos os direitos não se revela contraditória, mormente em se considerando que a nova sistemática trazida pela Lei da Ficha Limpa foi cuidadosa o bastante para assegurar que a presunção de inocência não fosse simplesmente afastada, mas apenas compatibilizada com a exigência constitucional de análise da moralidade na vida pregressa do candidato.

Dessa forma, portanto, evitou-se a aplicação antecipada da pena, ao mesmo tempo que se prestigiou o direito fundamental ao político probro.

## 6 Conclusão

Ante tudo o quanto exposto, são diversas as conclusões a que se chega.

Primeiramente, cumpre registrar a obviedade de que a aprovação legislativa do diploma legal referido não finaliza os debates acerca de sua aplicabilidade. É dizer, apenas agora, quando já inserido no ordenamento, é que o embate jurídico se travará no âmbito dos Tribunais e fará consolidar uma posição acerca do tema.

No que se refere à garantia da presunção de inocência, torna-se evidente que, malgrado essa seja a denominação usualmente empregada, a verdade dos fatos revela que a *praxis* aplica o que tecnicamente seria mais correto denominar de presunção de não culpa. Em assim sendo, diante do estado de não culpado do acusado (mas também de não inocente), nenhum óbice se afigura à existência de medidas cautelares, incluindo-se aí a cautela inerente ao sistema de inelegibilidades.

Importante conclusão, ainda, se refere ao desfecho que arremata pela existência de um direito fundamental público subjetivo ao político probo. O entendimento da natureza fundamental desse ditame é, frise-se, de salutar importância para a solução aqui proposta, uma vez que foi a partir de tal premissa que se concluiu pela impossibilidade de mera proeminência da presunção de inocência em seu detrimento.

Por último, conclui-se que a inovação trazida pela aprovação da Lei da Ficha Limpa nada mais é do que uma solidificação do direito fundamental ao político probo e de uma concretização do mandamento constitucional de obediência à vida pregressa do candidato. Dessa forma, a nova sistemática de inelegibilidades introduzida não é apenas abstratamente compatível com a garantia constitucional da presunção de inocência nos moldes concebidos, mas também plenamente harmonizável na concordância prática do respectivo caso concreto, pelo que é forçoso concluir que a aplicação concomitante não é apenas possível, mas, sobretudo, imperativa, ante a harmonização dos mandamentos constitucionais de que derivam.

## 7 Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 64 de 18 de maio de 1990. *Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 168-D de 1993. *Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato*. Brasília, DF: Senado, 2010.

CAIRES, Felipe Gustavo Gonçalves. *Projeto Ficha Limpa: a mobilização continua*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/sites/default/files/felipe.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Rosimayre Gonçalves de. Ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. *Revista CEJ*, Brasília, ano 11, n. 37, p. 4-13, abr./jun. 2007.

CORUJA, Carlos Fernando Agustini; SOUTO, Humberto Guimarães. A constitucionalidade do Projeto de Lei Complementar n. 518 de 2009. O projeto da “ficha limpa”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2298, 16 out. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13712>>. Acesso em: 20 maio 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=354>>. Acesso em: 20 maio 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.301, 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9417>>. Acesso em: 20 maio 2010.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL (MCCE). *Carta dos juristas: Presunção de inocência: não aplicação às normas sobre inelegibilidades*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/sites/default/files/cartajuristas.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Djalma. A vida pregressa no contexto da elegibilidade. *Semestre Eleitoral*, Salvador, Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, v. 2, n. 2, p. 231-240, jul./dez. 1998.

REIS, Márlon Jacinto. *Ficha Limpa: a mutação silenciosa da política*. Disponível em: <[http://www.mcce.org.br/sites/default/files/a\\_mutacao\\_silenciosa\\_da\\_politica-Marlon\\_Jacinto\\_Reis.pdf](http://www.mcce.org.br/sites/default/files/a_mutacao_silenciosa_da_politica-Marlon_Jacinto_Reis.pdf)>. Acesso em: 01 maio. 2010.

\_\_\_\_\_. *Inelegibilidade e vida pregressa: questões constitucionais*. Disponível em: <[http://www.mcce.org.br/sites/default/files/marlon\\_jacinto\\_reis-vida%20pregressa%20e%20inelegibilidade.pdf](http://www.mcce.org.br/sites/default/files/marlon_jacinto_reis-vida%20pregressa%20e%20inelegibilidade.pdf)>. Acesso em: 01 maio. 2010.

\_\_\_\_\_. *Inelegibilidade e vida pregressa no plano dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/artigos~2,1147,,inelegibilidade-e-vida-pregressa-no-plano-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 maio. 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição São Paulo*: Malheiros, 2002.

SILVA, Marcos José da. *Soberania popular e inelegibilidade: pronunciamento do Grão-Mestre Geral do Grande Oriente do Brasil (em 1º de outubro de 2009)*. Disponível em: <[http://mce.org.br/sites/default/files/marcos\\_jose.pdf](http://mce.org.br/sites/default/files/marcos_jose.pdf)>. Acesso em: 03 maio 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Supremo Tribunal Federal: tempo de mudança e de fortalecimento*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23840/supremo\\_tribunal\\_federal\\_tempo.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23840/supremo_tribunal_federal_tempo.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 03 maio 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Saraiva: 1993.

TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. Por Antoninho Marmo Trevisan, Antonio Chizzotti, João Alberto Lanhez, José Chizzotti e Josmar Verillo. 2. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2003.

# Controle de constitucionalidade incidental e mutação constitucional: apontamentos acerca do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal

Filipe Bezerra de Menezes Picanço<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 1.1 A evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro. 1.2 Procedimento do incidente de inconstitucionalidade e suas inovações. 1.3 A função do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade. 2 Mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. 2.1 Teorização sobre a mutação constitucional. 2.2 A mutação pretendida. 2.2.1 A Reclamação n. 4.335/AC. 2.2.2 Motivos que dão ensejo à mutação. 2.2.3 A suspensão da execução da lei pelo Senado Federal e a mutação constitucional. 2.2.4 Resposta às críticas feitas à tese. 3 Conclusão. 4 Referências.

---

## 1 Introdução

O sistema pátrio de controle de constitucionalidade sofreu uma verdadeira revolução no século passado. Iniciou-se com a criação do controle abstrato de constitucionalidade, fruto da Emenda Constitucional n. 16/65

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

e consolidou-se com a promulgação da Constituição de 1988 e das Emendas Constitucionais ns. 3 e 45 e das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99.

É ponto quase pacífico na doutrina brasileira que o instituto da suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é obsoleto, ultrapassado, inadequado a um sistema de controle de constitucionalidade no qual predominam as decisões com eficácia geral e caráter vinculante. Diversas são as manifestações nesse sentido. Luís Roberto Barroso, em sua excelente obra sobre controle de constitucionalidade, deixou clara a sua opinião acerca da incongruência da regra do artigo 52, X, da Constituição Federal:

*“A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental, seja em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do artigo 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!”<sup>2</sup>*

Gustavo Binenbojm é outro renomado autor que, ao tratar do assunto, faz questão de demonstrar a incompatibilidade do instituto da suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal com o atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

*“Vale notar que a novidade foi introduzida sem que se fizesse qualquer alteração ou adaptação no velho sistema de controle incidental*

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2006. p. 111.

e difuso, o que acabaria por gerar uma permanente tensão dialética entre os dois sistemas. *Até mesmo a suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal, que só se justificava como fator corretivo de um sistema difuso puro, foi atavicamente mantida.*<sup>3</sup>

O grande constitucionalista José Afonso da Silva é outro a engrossar o coro daqueles que criticam o instituto. Ao comentar o artigo 52, X, da Constituição Federal, assim dispôs o festejado mestre:

*“Essa regra não tem mais razão de existir. Em suma, o ato de suspensão emitido pelo Senado tem que ser conforme o julgamento. Não tem poder para modificar a decisão do Supremo Tribunal Federal. Seria mais prático e expedito se se desse a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal o efeito erga omnes a contar da data de sua publicação, também nos casos de recurso extraordinário (art. 102, III) que o ponto final da apreciação de inconstitucionalidade incidenter tantum. Assim, porém, não quis o constituinte, de sorte que a interferência do Senado é de rigor.”*<sup>4</sup>

Ainda quando ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da ADC n. 1, entendeu que, no sistema atual de controle de constitucionalidade brasileiro, o instituto da suspensão pelo Senado Federal é uma regra ultrapassada e, no seu próprio dizer, anacrônica, como se vê abaixo:

*“De tal modo, o peso do Supremo Tribunal Federal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz, é relativo porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia erga omnes à declaração incidente.”*<sup>5</sup>

3 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 127.

4 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 415.

5 RTJ 159, p. 389-90.

Veja-se, por fim, a expressiva opinião de Clèmerson Merlin Clève acerca do instituto da suspensão pelo Senado da norma declarada inconstitucional pelo Supremo:

“Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juízes’, em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. *Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente da ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item.* O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a República substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos determinados e rigorosos pressupostos, à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*.

[...]

A competência do Senado Federal para suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF), no controle concreto, deve ser repensada.

As decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal envolvendo matéria constitucional, embora em sede de fiscalização difuso-incidental, devem, após ultrapassado determinado número de pronunciamentos idênticos, e em virtude do desencadear necessário da fiscalização abstrata (modelo português), produzir eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*.<sup>6</sup>

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-125 e p. 410.

A falta de compatibilidade do artigo 52, X, da Constituição com o atual sistema de controle de constitucionalidade é um quase consenso doutrinário. O instituto é atávico, anacrônico e se vincula a uma lógica de separação de poderes há muito ultrapassada. O Senado Federal não é mais, como na Constituição de 1934 (art. 88), um órgão incumbido de coordenar os poderes entre si.

Apesar das críticas ao instituto, doutrina e jurisprudência furtaram-se à busca de soluções para tal incongruência do ordenamento jurídico pátrio. Poucas foram as vozes que doutrinariamente tentaram solucionar o problema. Uma solução viável se nos apresentou no ainda pendente julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, em que se defende a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, o que poderá levar à correção dessa imperfeição do sistema.

### **1.1 A evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro**

O controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil com a importação do sistema norte-americano, incorporado ao direito brasileiro com o advento da República. Já era nítido da Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890, bem como do Decreto n. 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal, a inserção de normas que garantiam a competência dos tribunais para realizar a guarda da Constituição, fixando princípios do controle pela via de exceção.

Reproduzindo preceitos prescritos nos diplomas acima mencionados, a Constituição promulgada em 1891 facultou ainda recurso para o Supremo Tribunal Federal, ao dispor que “quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, “a”).

O direito brasileiro incorporou expressamente o sistema judicial de controle da constitucionalidade. Não obstante a clareza dos preceitos, houve alguma perplexidade ante a inovação trazida. A amplitude do instituto adotado foi assim definida pelo gênio de Ruy Barbosa, comparando-a à Constituição norte-americana:

“Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que: ‘Compete aos juízos ou tribunais federais

processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a); como ainda que ‘Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, al. a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece não só a competência da Justiça da União, como a das Justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do Tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo exposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.”<sup>7</sup>

Restou consolidado, dessa forma, o sistema de controle difuso-concreto de constitucionalidade no direito brasileiro. De salientar que era inequívoca a consciência de que os tribunais não eram órgãos consultivos dos Poderes Legislativo e Executivo e nem deviam intervir na elaboração ou aplicação geral da lei. O controle judicial de constitucionalidade, segundo Ruy Barbosa, era “um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”.<sup>8</sup>

A Constituição de 1934, embora tenha mantido o sistema difuso-concreto de controle de constitucionalidade das leis, trouxe profundas

<sup>7</sup> BARBOSA, Ruy, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126, p. 89, abr./jun. 1995.

<sup>8</sup> BARBOSA, Ruy, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei, cit., p. 89.

e significativas alterações a ele. Inovou ao estabelecer um *quorum* qualificado, exigindo maioria absoluta de votos, para a declaração de inconstitucionalidade por um tribunal.

Uma notória inovação em termos de controle de constitucionalidade, que foi a “declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal”, foi trazida pela Carta de 1934. Essa era uma forma, de certa maneira embrionária, do controle de constitucionalidade abstrato-concentrado, predominante nos dias atuais, mas inexistente à época.

Contudo, a mais significativa mudança trazida pela referida Constituição foi a instituição de regra que determinava a competência do Senado Federal para: “Artigo 91 - [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

Tal dispositivo criava um meio de se emprestar efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. O dispositivo, contudo, não era preciso. O uso da expressão “Poder Judiciário”, sem maiores elucidações, levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, para os fins referido artigo.

Diversamente dos Estados Unidos, onde as decisões da Suprema Corte produzem efeitos vinculantes, face à submissão dos órgãos da Justiça à sua jurisprudência, no Brasil, país de tradição individualista, leis julgadas inconstitucionais eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Embora o direito brasileiro tenha eleito a matriz norte-americana de controle de constitucionalidade, o Brasil, filiado a um sistema jurídico romano-germânico, não estava preparado para absorver institutos como o *stare decisis*, típico do sistema da *common law*, que possibilitava a produção de efeitos vinculantes às decisões tomadas pela Corte Suprema do país. Arraigado a uma concepção de separação de poderes profundamente influenciada pela doutrina francesa, o legislador brasileiro criou a suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal.

Essa foi uma solução engenhosa trazida pelo legislador para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em

um caso concreto, sem se instaurar qualquer atrito entre os poderes e sem permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio. Dentro da concepção predominante à época de independência dos poderes, a suspensão da execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Senado Federal, um órgão do Legislativo, mantinha tal concepção inabalada. Ademais, aquela Constituição deu expressamente ao Senado Federal a função de coordenador dos poderes da República.

A Carta de 1937, apesar de manter a base do sistema vigente sobre a égide da Constituição anterior, trouxe um retrocesso, ao permitir que o Executivo e o Legislativo pudessem revisar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Judiciário. Todavia, vedou expressamente ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (art. 94), sendo as únicas mudanças dignas de serem observadas.

Com a Constituição de 1946 foi restabelecida a tradição de controle judicial no direito brasileiro, mantendo, com algumas modificações, todos os princípios relativos à declaração de inconstitucionalidade, sendo preservadas a exigência de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, bem como a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A maior inovação trazida foi referente ao controle concentrado de constitucionalidade, com a introdução da representação interventiva. Desse momento em diante, as inovações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ficaram restritas ao controle de constitucionalidade abstrato, sendo de destacar as inovações ocorridas na vigência da Constituição de 1967, sobretudo as trazidas pela Emenda Constitucional n. 7/77, determinando a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar “a representação do procurador geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

A Constituição de 1988 provocou uma verdadeira revolução no sistema de controle da constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro. Enfim estava consolidado o sistema de controle concentrado de constitucionalidade com a ampliação do rol de titulares para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação de

institutos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros.

É inegável que foi o alargamento da *legitimatío* ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes exclusiva do procurador geral da República, a mais significativa mudança no sistema de controle da constitucionalidade das leis. Atualmente podem propor a ação ao Supremo Tribunal Federal o presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o governador de Estado, o procurador geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme está disposto no artigo 103 da Constituição Federal.

A ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade reduziu sobremaneira o significado do controle incidental ou difuso, ao permitir que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes possam ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante controle abstrato de normas.

Anschutz, ainda no regime de Weimar, observou que “toda vez que se outorga a um tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”<sup>9</sup>. Partindo dessa assertiva, concluiu o Ministro Gilmar Mendes que a ampliação dos legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato restringiu a amplitude do controle difuso, alterando o equilíbrio do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. O controle concentrado, episódico e acidental no sistema anterior à Constituição de 1988, ganhou ênfase dentro do sistema, relegando o sistema difuso ou incidente a um segundo plano.

É óbvio que a convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle, não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem

---

<sup>9</sup> ANSCHUTZ, Gerhard, Verhandlungen des 34. Juristentags, Berlim e Leipzig. 1927, v. 2, p. 208, apud MENDES, Gilmar Ferreira, Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei, cit., p. 98.

paralelamente, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Tal prevalência leva a indagar acerca da validade do método de concessão de eficácia geral às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade das normas, uma vez que no atual sistema de controle de constitucionalidade, a regra são as declarações de inconstitucionalidade com efeito geral.

Não há dúvida que, no mundo dos fatos, torna-se cada vez mais obsoleta a regra prevista no artigo 52, X, da Constituição da República, segundo a qual cabe ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. A manutenção dessa regra é considerada um atavismo. Logo, cabe analisar as possibilidades de mitigar a inteligência do referido dispositivo, adequando-o ao sistema vigente e à atual realidade constitucional brasileira.

## **1.2 Procedimento do incidente de inconstitucionalidade e suas inovações**

A jurisdição constitucional no Brasil compete a todos os órgãos do Poder Judiciário. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro somente traz disposições relativas ao procedimento de incidente de inconstitucionalidade quando procedido em sede de um tribunal, o que não impede, voltamos a afirmar, a ocorrência de incidentes de inconstitucionalidade nos juízos monocráticos de primeira instância.

A matéria é regulada pelo Código de Processo Civil nos artigos 480 *usque* 482, inseridos no Título IX do Livro I, que cuida do processo nos tribunais. Há de se lembrar do artigo 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário, com a exigência de *quorum* qualificado para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

A nomenclatura original do controle incidental, denominado controle por via de exceção, deixa claro ser o réu de uma ação judicial pessoa legitimada a instaurar um incidente de inconstitucionalidade. Era daquela forma chamado o controle difuso, pois era reconhecido como argumento a ser deduzido pelo réu como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional.

A inconstitucionalidade pode ser suscitada pelo autor em sua inicial ou em momento posterior do processo. A inconstitucionalidade, nessa hipótese, comporta-se como verdadeira causa de pedir, sendo fundamento para assegurar ao autor a tutela jurisdicional que pretende.

A questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada ainda pelo Ministério Público, quando parte ou *custos legis*, bem como por terceiros que tenha intervindo legitimamente (litisconsorte, assistente, oponente etc.). Por fim, pode também o juiz ou tribunal suscitá-la de ofício, quando as partes tenham silenciado nesse sentido<sup>10</sup>. Inclusive, é de se observar que a questão da inconstitucionalidade de uma norma não preclui e pode ser suscitada a qualquer tempo, podendo, inclusive, ser levantada, pela primeira vez, já em segundo grau de jurisdição. Todavia, é de se lembrar que para a admissibilidade de recurso extraordinário exige-se o prequestionamento da matéria. Assim, se não houver sido levantada anteriormente, a questão da constitucionalidade não pode ser suscitada em grau de recurso extraordinário.<sup>11</sup>

O controle incidental pode se dar em ações de qualquer natureza, de conhecimento, execução ou cautelar, exigindo-se apenas a existência de um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou de ameaça de que venha a ser praticado. Pode ser suscitado, portanto, em qualquer espécie de ação que envolva partes, seja de rito ordinário, sumário, ação especial, ações constitucionais, inclusive nas ações populares e nas ações civis públicas. Nessas, contudo, só será cabível o controle incidental se figurar como causa do pedido, e não como pedido, sob pena de usurpação da competência

---

10 STF – RE n. 86.161-GO, rel. Min. Soares Muñoz, *RTJ* 95/202, 1981. No controle de constitucionalidade incidental, a decretação de inconstitucionalidade, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício pelo juiz. Aplica-se aqui a regra geral de que as questões de direito – de que é exemplo, evidentemente, saber se uma norma é constitucional ou não – sempre podem ser conhecidas por iniciativa oficial, independentemente de terem sido suscitadas pelos interessados.

11 “Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso. À falta de prequestionamento na instância ordinária e de arguição pelo recorrente de inconstitucionalidade do diploma local que assim dispunha, o tema não pode ser enfrentado em recurso extraordinário.” (STF – RE n. 117.805/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 27.08.1993, p. 17.022).

do Supremo Tribunal Federal e da legitimidade dos titulares da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>12</sup>

Nessa espécie de controle de constitucionalidade não há limitações ao órgão jurisdicional. Assim, pouco importa se o tribunal estadual não possa declarar inconstitucionalidade de lei federal em via principal ou abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa em ação direta invalidar uma lei municipal pela via da ação direta. No controle incidental não há limitação dessa natureza, qualquer norma, inclusive as anteriores à Constituição, podem ser impugnadas em controle incidental.

O controle incidental é também chamado de concreto. Isso se deve ao fato de, diversamente do controle pela via principal, chamado de abstrato, tal modalidade decorrer sempre de uma questão prejudicial. O reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, não é a providência postulada, é, em verdade, a sua *causa petendi*. Para decidir acerca do direito em discussão, o julgador precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade da norma.

Importante ressaltar que no controle incidental o provimento jurisdicional que se pleiteia não é a inconstitucionalidade da norma, tal somente pode ocorrer nas ações subjetivas, sem partes, nas quais a inconstitucionalidade é analisada sem se vincular a um caso concreto. Na via que se está estudando, só pode haver controle em virtude de um caso concreto.

Assentadas a legitimidade e as hipóteses em que se pode suscitar um incidente de inconstitucionalidade, passemos a análise do procedimento em si. Nos juízos monocráticos de primeira instância o procedimento a ser seguido é aquele aplicável a qualquer incidente levantado pelas partes. Somente para os tribunais há procedimento específico a ser observado.

A primeira regra que se impõe ao julgamento de incidentes de inconstitucionalidade por tribunais é a constante no artigo 97 da Constituição

---

12 “Ação Civil Pública – Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.” (STF – Rcl n. 1.733/SP, medida liminar, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 01.12.2000)

Federal. Sua redação repete disposição que foi introduzida no ordenamento constitucional pelo artigo 179 da Constituição de 1934. O dispositivo foi repetido pelas Constituições subsequentes e hoje vigora com a seguinte redação:

“Artigo 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.”

Com isso, o constituinte buscou evitar contradições no âmbito do controle de constitucionalidade. A regra impede a sujeição da questão à vontade dos órgãos fracionários, que poderiam divergir em sua resolução. Ademais, permitir que um órgão fracionário decida pelo tribunal o incidente é submeter questão de suma relevância a uma decisão tomada por número inexpressivo de julgadores, o que geraria evidente insegurança jurídica.

Para evitar divergências entre órgãos fracionários e garantir que a questão acerca da constitucionalidade das normas não fosse deixada à mercê de maiorias eventuais, foi criada a regra da reserva de plenário e a exigência de voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma norma.

É de bom alvitre salientar que tal regra não pode ser aplicada com rigor literal. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que não há necessidade de se aplicar a cláusula de reserva de plenário quando ele, em decisão do pleno, já houver declarado a inconstitucionalidade da norma impugnada, ou quando o órgão especial ou o plenário do tribunal *a quo* já o tenha feito.

Para que se dê cumprimento a tal regra, dispõem os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil que, arguida a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a questão será submetida à turma ou à câmara. Em virtude do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, caso elas entendam que a norma é constitucional o julgamento prosseguirá; caso contrário, deverá ser lavrado acórdão para que a questão seja submetida ao pleno ou órgão especial. De salientar que antes da turma ou câmara posicionar-se pela constitucionalidade ou não da norma, dando continuidade ao feito ou o remetendo ao pleno, deverá ser ouvido o Ministério Público.

Caso a turma ou câmara entenda pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, lavrará, nos termos do artigo 481, acórdão e submeterá a questão ao pleno do tribunal ou ao seu órgão especial. A Lei n. 9.756/98 trouxe grande inovação, ao inserir neste artigo um parágrafo único com o seguinte conteúdo:

“Artigo 481 - [...] Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

A inovação veio ao encontro dos avanços jurisprudenciais no tocante à cláusula de reserva de plenário. O controle de constitucionalidade é uma matéria extremamente dinâmica que vem, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sofrendo mudanças extremas, sobretudo com a ampliação do alcance e da legitimidade para propositura do controle abstrato. Essas mudanças têm sido acompanhadas de perto pela evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que tem buscado adequar o sistema de controle de constitucionalidade à nova realidade constitucional e social brasileira.

Assim, em um sistema em que há extensa possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeitos vinculantes – tal efeito é admitido em todas as espécies de ação do controle abstrato, embora não se reconheça em sede incidental<sup>13</sup> – e que preza pela efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, torna-se desaconselhável o entendimento literal da cláusula de reserva de plenário.

O dispositivo constitucional que a prevê, mesmo antes do advento da Lei n. 9.756/98, já havia sofrido mutação constitucional. Ademais, seria impossível se admitir que dispositivo infraconstitucional criasse limitação à norma constitucional, sem que esta tenha expressamente previsto tal possibilidade. Logo, tal mutação assegura validade ao parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil. Veja-se como o Supremo transmutou, através da jurisprudência, o sentido do artigo 97 da Constituição Federal.

13 Tese já defendida por parte da doutrina e agora levantada no julgamento da Rcl n. 4.335/AC é a da possibilidade de se atribuir efeitos vinculantes a decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Supremo, em sede de controle incidental. O tema será pormenorizado nos itens seguintes.

“Controle incidente de constitucionalidade de norma: reserva de plenário (Const., art. 97): inaplicabilidade, em outros tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentemente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedentes.

1. A reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica.

2. *A decisão plenária do Supremo Tribunal, declaratória de inconstitucionalidade de norma*, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, *elide a presunção de sua constitucionalidade: a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.*”<sup>14</sup>

Como se vê do acórdão acima, o Supremo Tribunal Federal mitigou a aplicação da cláusula de reserva de plenário, procedendo a uma verdadeira mutação constitucional, que inseriu no texto do artigo 97 da Constituição Federal dispositivo presente nas Constituições brasileiras desde a de 1934, “salvo se já houver manifestação anterior do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do Plenário ou Órgão Especial do Tribunal onde a arguição de inconstitucionalidade foi levantada”.

A mutação, em verdade, positivou informalmente no texto da Constituição o que hoje está disposto no já mencionado parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, adequando o procedimento do controle incidental à nova realidade social, política e constitucional vivida.

De se notar que embora fale de quebra da presunção de constitucionalidade da norma, em verdade, o que ocorre nessa hipótese é uma verdadeira antecipação da eficácia geral dos julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade incidental, o que só ocorreria com a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observar a regra da reserva de plenário.

---

14 STF – RE n. 191.905/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, de 29.08.1997.

Importante ressaltar que não apenas quando houver manifestação do Supremo Tribunal Federal a cláusula de reserva de plenário poderá ser desconsiderada. Assim também, quando o tribunal, integrado pela turma ou câmara à qual foi submetida a questão da inconstitucionalidade de uma norma, já houver se manifestado através de seu plenário ou órgão especial acerca da questão, não se fará necessária nova remessa, uma vez que o entendimento do pleno ou órgão especial já foi denotado anteriormente.<sup>15</sup>

No pleno ou órgão especial, conforme seja o caso, a questão da constitucionalidade será remetida a todos os juízes integrantes do órgão e o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. A Lei n. 9.868/99, que estabeleceu o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, introduziu três parágrafos ao artigo 482 do Código de Processo Civil, dando nova configuração ao procedimento a ser adotado em um incidente de inconstitucionalidade, aproximando-o, em muito, ao procedimento a ser observado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Criou-se, com o parágrafo 1º do referido artigo, a possibilidade do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado manifestarem-se no incidente. A doutrina vem entendendo tratar-se de manifestação espontânea, não havendo, portanto, necessidade de intimação<sup>16</sup>. Nada impede que, considerada a relevância da arguição de inconstitucionalidade, sejam intimados e instados a se manifestar sobre o ato questionado.

O parágrafo 2º instituiu a possibilidade de manifestação, no incidente de inconstitucionalidade, dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, podendo apresentar memoriais e juntar documentos. Importante ressaltar que essa manifestação não é uma faculdade do relator, mas uma faculdade legal. Ela é um direito potestativo dos legitimados constitucionais.

O parágrafo 3º traz ao incidente de inconstitucionalidade a figura do *amicus curiæ*, tal como o previsto no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei

15 STF – AI 172.992-9, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, p. 23.537.

16 ALVIM, José Eduardo Carreira. Incidente de inconstitucionalidade: método de controle difuso, alterações introduzidas no CPC pela Lei n. 9.868/99. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 9-14, mar. 2000.

n. 9.868/99. Tais inovações tornaram mais semelhantes o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade do observado nos processos de controle subjetivo de constitucionalidade. Com isso, houve uma abstrativização do incidente de inconstitucionalidade, permitindo uma discussão ampla nessa sede de controle. Há, portanto, uma aproximação notável das duas espécies de controle jurisdicional de constitucionalidade.

A similaridade dos procedimentos é tamanha que o Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo a possibilidade de, assim como nos procedimentos da ação direta inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade oriunda de controle concreto, para que a decisão não produza efeitos retroativos. Tal entendimento restou explicitado no julgamento do RE n. 197.917 e do HC n. 82.959.

Por fim, será declarada inconstitucional a lei ou ato normativo que for assim considerado pela maioria absoluta dos membros do plenário ou órgão especial, conforme estabelece o artigo 97 da Constituição Federal. Decidida a questão, será lavrado acórdão a ser remetido ao órgão fracionário, para que obrigatoriamente o aplique ao caso que gerou o incidente de inconstitucionalidade.

### **1.3 A função do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade**

A Constituição Federal elenca, dentre as competências privativas do Senado Federal, aquela segundo a qual compete a este órgão suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Artigo 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo, ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

A redação desse dispositivo é clara e basicamente reproduz o disposto nas Constituições anteriores, conforme explicitado anteriormente, mantendo uma tradição que remota à Constituição Federal de 1934.

Em que pese o fato do texto ter sido reproduzido em sua quase integralidade em todas as Constituições seguintes à que criou essa competência para o Senado Federal, bem como o fato de sua redação ser de uma clareza inegável, tal instituto jamais esteve livre de polêmica, sendo tema de amplos debates no mundo jurídico, acerca da vinculação ou não do Senado Federal à declaração do Supremo, da sua extensão e dos seus efeitos.

Desde o seu surgimento o instituto, previsto hoje no artigo 52, X, da Constituição Federal foi questionado. Mesmo durante a Assembleia Constituinte que produziu a Constituição de 1934, o deputado Godofredo Vianna pretendeu que se reconhecesse a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do diploma.<sup>17</sup>

Em sua magistral obra sobre o controle de constitucionalidade, Lúcio Bittencourt afirma que “o objetivo do artigo 45, n. IV [a referência diz respeito à Constituição de 1967] é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”<sup>18</sup>. Para ele, portanto, declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, estaria o Senado obrigado a baixar tal resolução. Infelizmente, a tese não prevaleceu.

Há, hoje, duas correntes sobre tal vinculação do Senado. Para a primeira corrente, encabeçada por Celso Bastos e Alfredo Buzaid, haveria uma obrigatoriedade mitigada, uma vez que o Senado poderia proceder a um exame dos pressupostos formais da declaração de inconstitucionalidade. Prevaleceu, contudo, a corrente defendida por Aliomar Baleeiro, Paulo Brossard e pelo Supremo Tribunal Federal, para a qual a suspensão é ato político, discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade daquela casa legislativa.<sup>19</sup>

17 ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 234-237, jan./mar. 1978.

18 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

19 PINTO, Paulo Brossard de Souza. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

A suspensão da excoutoriedade pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional tem por finalidade dotar de eficácia *erga omnes* a decisão que valeria apenas entre as partes do caso concreto em que houve a declaração. Ela visa a dar normatividade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declara uma inconstitucionalidade em controle incidental.

Vale ressaltar que a competência dada ao Senado Federal decorreu não do fato de ser ele um representante do povo, ou dos Estados da Federação, nem tampouco por ser uma espécie de representante do Poder Legislativo a atuar no controle de constitucionalidade, mas sim por ter sido dado a ele, Senado, a atribuição de atuar como coordenador dos poderes e velar pela Constituição, conforme dispunha o artigo 88, da Constituição de 1934:

“Artigo 88 - *Ao Senado Federal, nos termos dos artigos 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.*”

Outra das polêmicas relativas ao instituto versa sobre a possibilidade do Senado Federal suspender apenas em parte uma norma que haja sido declarada inconstitucional no todo pelo Supremo.

Parte da doutrina, capitaneada por nomes como Clémerson Merlin Cléve e Michel Temer, entendem pela possibilidade do Senado suspender apenas parcialmente a lei, em virtude da sua discricionariedade. Melhor doutrina parece ser a defendida por Gilmar Mendes, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, ao afirmarem que a suspensão do Senado deve ter a mesma extensão da declaração do Supremo. Assim, se o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de parte da lei, o Senado Federal deverá suspender em parte a excoutoriedade dessa lei. Mas se o Supremo declarou no todo inconstitucional uma lei, a suspensão do Senado Federal deverá alcançar no todo a lei.

Por fim, há divergências doutrinárias quanto à extensão dos efeitos do ato de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. Parte da doutrina, encabeçada por Lenio Streck e José Afonso da Silva, defende que a resolução só teria efeitos a contar de sua publicação. Prevalece, contudo, a tese defendida por Gilmar Mendes e Clémerson Merlin Cléve de que a resolução possui efeitos *ex-tunc*, retroagindo à publicação

da norma impugnada, uma vez que, sendo inconstitucional, a norma é nula. O entendimento dessa corrente é inclusive adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que admite ser possível a modulação dos efeitos da resolução do Senado Federal<sup>20</sup>, ressaltando que “a suspensão da vigência de lei ou ato normativo por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”.<sup>21</sup>

Não é demais lembrar que a redação do artigo 91, IV, da Constituição de 1934, que criou tal instituto, dizia “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” e o artigo 52, X, da Constituição vigente diz “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Apesar da redação restritiva, a doutrina tem dado interpretação extensiva ao dispositivo, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder. Contudo, tal restrição não parece ter sido feita em vão, conforme se demonstrará mais à frente.

Diante de tantas divergências doutrinárias, a questão mais polêmica relativa ao instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal é, sem embargos, a de sua adequação ao novo sistema de controle de constitucionalidade, no qual se privilegia o efeito vinculante das decisões do Supremo, no que tange ao controle de constitucionalidade. Dentro dessa nova realidade, fica nítida a inadequação do instituto ao atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, fazendo-se necessária a reforma, urgente, do dispositivo constitucional que o prevê.

## **2 Mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988**

### **2.1 Teorização sobre a mutação constitucional**

A Constituição brasileira adota a forma rígida. A sociedade a ela submetida, contudo, é dinâmica, viva e está em constante transformação. Há no mundo, portanto, duas forças que, em direções opostas, atu-

20 STF – RE n. 197.917/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002.

21 STF – RMS n. 17.976, rel. Min. Amaral Santos, RDA, 105/111 (113).

am sobre o direito, uma tendente à rigidez, outra à flexibilidade. Assim, também as Constituições devem ter certo grau de flexibilidade para acompanhar as mudanças experimentadas pela sociedade, sejam elas políticas, econômicas ou sociais. No entanto, essa flexibilidade não pode ser absoluta, e a oposição entre rigidez e flexibilidade só pode ser entendida em se admitindo que texto e norma não se superpõem, mas que a norma é, em verdade, o resultado do processo de interpretação do texto.

É justamente a interpretação a principal via de efetivação de uma mutação constitucional. Consoante o ensinamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.”<sup>22</sup>

As Constituições são, por assim dizer, organismos vivos, intimamente ligados com o meio circundante, com os avanços da ciência, da tecnologia, da economia, com as crenças e convicções morais e religiosas, com os anseios e aspirações de toda uma população. É dizer, a ordem constitucional deve estar em consonância com os chamados fatores reais do poder, na expressão de Ferdinand Lassalle. Esses fatores são aquelas forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas atuantes na comunidade, a força ativa que corresponde a todas as leis da sociedade; assim, para Lassalle, o texto constitucional que não se coadunar com tais fatores reais não passará de “simples folha de papel”.<sup>23</sup>

22 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 38-39.

23 LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 32.

As Constituições trazem em si, via de regra, os meios dos quais se valem para que possam se adequar as mudanças da vida social. São os chamados processos formais de mudança da Constituição. No Brasil há dois desses processos, a reforma constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que foi procedida em 1993 e com isso esgotou-se<sup>24</sup>, e as emendas constitucionais, com previsão no artigo 60 da Constituição Federal.

Os processos formais de mudança da Constituição, contudo, não esgotam o fenômeno da contraposição entre Constituição normativa e realidade constitucional, ou melhor, a tensão permanente que se coloca entre a Constituição normativa e a sua aplicação. A realidade constitucional demonstra, pelo contrário, que as Constituições, a par das emendas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança.

Foram os juristas alemães, ainda na vigência da Constituição de 1871, os primeiros a notar que, mesmo sem haver reformas constitucionais, aquela Constituição sofria mudanças frequentes quanto ao funcionamento das instituições do *Reich*. Foi Laband quem primeiro distinguiu as reformas constitucionais das mutações constitucionais. O tema foi ainda objeto de estudos por parte de Hsu Dau-Lin, Georg Jellinek, Hans Kelsen, Konrad Hesse e Karl Loewenstein, entre outros doutrinadores germânicos.

A mutação constitucional é compreendida como a aplicação de normas que se modificam lenta e imperceptivelmente. Isso ocorre quando às palavras, que permanecem imodificadas do Texto Maior, se lhes outorga um sentido distinto do originário, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto, não sendo um acontecimento peculiar e único na órbita das normas constitucionais, senão um fenômeno constatado em todos os âmbitos do direito.

---

24 “Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a ‘revisão’ prevista no artigo 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no parágrafo 4º e seus incisos do artigo 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1933 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o artigo 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita ‘uma só vez’. As mudanças na Constituição, decorrentes da ‘revisão’ do artigo 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das ‘clausulas pétreas’ consignadas no artigo 60, parágrafo 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.” (STF – MC ADI n. 981, rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.03.1993, *DJ*, de 05.08.1994).

A mutação decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre Constituição formal e a Constituição material. Opera-se quando a *praxis* constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto formal da Constituição, sem causar uma ruptura do sistema.

O reconhecimento do fenômeno é inevitável. Ele se revela como um imperativo decorrente da tensão entre Constituição escrita e transformações sociais, que se processam a uma velocidade tal que não dão tempo de, através de reformas constitucionais, alterar-se o texto para adequá-lo às novas realidades.

A mutação constitucional é uma transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o texto seja alterado em sua redação, em sua dimensão constitucional textual. Ela se dá quando o intérprete extrai do texto uma norma diversa daquelas que dele se extraíam originalmente. Há, aí, mais do que interpretação. Há, na mutação, um verdadeiro processo que opera a transformação do texto em norma nova, criando um novo enunciado normativo, conforme afirma o Ministro Eros Grau em seu voto na Reclamação n. 4.335/AC:

“Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”

De se destacar que o significado da ordenação jurídica, na realidade e em face dela, somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco. A mutação constitucional não pode levar em conta apenas um dos fatores, mas ambos, devendo não apenas atender aos fatores reais mencionados por Lassale, como também à vontade da Constituição, conforme leciona Konrad Hesse<sup>25</sup>. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase que inevitavelmente

---

25 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição= Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.

Conforme as lições de Georges Burdeau, é possível constatar a existência de um poder constituinte difuso<sup>26</sup> que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real. Tal poder seria decorrente dos processos informais de mudança da Constituição, as chamadas mutações constitucionais. Tal constatação remonta à regra expressa na Constituição francesa de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e mudar a sua constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar às suas leis as gerações futuras.”

As mutações constitucionais são, portanto, mudanças decorrentes de processos diversos dos formalizados na própria Constituição. São transformações da realidade política que não se refletem no texto constitucional. Muda-se o contexto, sem, contudo, proceder-se a alterações no texto. A mutação faz-se necessária, inclusive, para assegurar a força normativa da Constituição, como bem salienta Konrad Hesse:

“Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, *indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.*”<sup>27</sup>

É mister lembrar que “não é a mutação constitucional um mal em si: depende do alcance e do sentido da mudança. Quando esta, sem ferir a letra da Constituição, respeita a sua *ratio* e seus fins, então se produz uma saudável aproximação da normatividade à realidade constitucional”.<sup>28</sup>

Assim, a mutação constitucional não pode levar a uma mudança que esteja em desacordo com própria Constituição, sob pena de se

26 BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 58.

27 HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, cit., p. 20-21.

28 LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984. v. 4, p. 165, apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 18, out./dez. 1993.

configurar, no dizer de Anna Cândida da Cunha Ferraz, uma mutação constitucional inconstitucional.

Conforme afirma Hesse, o bom desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas de sua *praxis*. É preciso respeitar, em qualquer circunstância o que ele denomina de “vontade da Constituição”, ou seja, qualquer mutação há de ser procedida sem quebrar a coerência do ordenamento constitucional. Para ele, “aquilo que é identificado como vontade da Constituição, deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas”.<sup>29</sup>

As alterações informais devem ser efetuadas dentro de limites impostos pela própria natureza do texto constitucional. A mutação inconstitucional é fruto, justamente, da desobediência aos limites acima referidos. Aparentemente, soaria contraditório falar-se em mutação inconstitucional, já que a mutação, para surtir efeitos modificativos, deveria ser substancialmente constitucional e contribuir para uma adequação sociológica da Lei Fundamental à realidade da nação em que está inserida. Ocorre que, por constituir a mutação um processo informal, que não está expresso no texto, mas sim na mudança de sentido dado à norma, poderão existir mutações que fujam aos limites impostos pela Constituição, violando seu texto e seu espírito, sendo manifestamente inconstitucionais.

A interpretação é tanto melhor quanto mais conseguir concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Uma mudança das condições fáticas pode, ou mesmo deve, provocar mudanças na interpretação da Constituição. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável e, não vindo pelos meios formais, deverá produzir-se pela mutação constitucional, processo informal de reforma.

A mutação constitucional pode, portanto, decorrer tanto da interpretação constitucional como dos usos e costumes. Ressaltamos a importância da interpretação judicial que contribui para desencadear a

---

<sup>29</sup> BURCKHARDT, Walter, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, apud HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, cit., p. 22.

mutação constitucional, vez que orienta a *praxis* da jurisdição comum e da jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, por meio da *construction*, colabora para a atualização do sentido do texto constitucional, notadamente mediante as modernas técnicas de controle de constitucionalidade, quais sejam, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

É de suma importância, no âmbito das mutações constitucionais, a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, da CF) lhe confere o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, destarte, proceder à harmonização entre realidade e Constituição.

Integrando os ensinamentos de Burdeau de que haveria um poder constituinte difuso, responsável pelas mutações constitucionais, com o instituto da *jurisprudencial construction*, pode-se concluir que, sem dúvida alguma, o Supremo Tribunal Federal exerce o papel principal nesse poder constituinte difuso, como se pode depreender dos ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos:

“Isso revela o poder normativo do Supremo, exteriorizado pela *construction*. O acórdão a seguir elucidada a questão, qual seja o do pedido de Intervenção Federal n. 14, de 1951, e o da Reclamação n. 315, de 1953, de que foi relator o Ministro Edmundo Macedo Ludolf, quando lembrou ao plenário ‘a prerrogativa que competia ao Supremo Tribunal Federal de construir o próprio direito, em dadas circunstâncias de premência e necessidade, em ordem a suprir as deficiências ou imperfeições da legislação’ (DJ, 28 nov. 1951, p. 4.528-9). O Ministro Edgard Costa também enfatizou que ‘o Supremo Tribunal Federal, ao modo da Corte Suprema norte-americana, desempenha não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais’. No segundo julgado, o Ministro Ribeiro da Costa deu à decisão ‘caráter normativo, tornando-a aplicável a qualquer procedimento judicial, seja de juízes ou tribunais inferiores, tendente a impedir, obstar ou embaraçar de qualquer modo, direta ou indiretamente, a execução de decisões definitivas

do Supremo Tribunal sobre litígios instaurados para importação ou entrega de mercadorias sujeitas à licença prévia e à legislação especial sobre a matéria (*DJ*, 2 set. 1957, p. 10.987). Ainda no recurso de mandado de segurança, n. 4.928/1957, o Supremo Tribunal reiterou sua posição esclarecida de ‘construir o direito *in concreto* – o que corresponde à *construction* do Judiciário americano e de entendê-lo, quando couber aos casos idênticos’ (*DJ*, 23 dez. 1957, apenso, p. 3.285 e s.).”<sup>30</sup>

Assim, cientes desse papel de destaque do Supremo Tribunal Federal em sua função de principal intérprete e guardião da Constituição, partir-se-á para a análise do caso concreto, qual seja, a análise da pretendida mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

## 2.2 A mutação pretendida

### 2.2.1 A Reclamação n. 4.335/AC

No *Diário Oficial* de 1º de setembro de 2006 foi publicada a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959/SP. Nela, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

Diante de tal declaração, centenas de condenados pela prática de crimes hediondos pleitearam a progressão de seus regimes de cumprimento de pena. O juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, Acre, mantendo entendimento contrário à declaração do Supremo Tribunal Federal naquele *habeas corpus*, negou a progressão de regime a certos condenados, sob a alegação de que a referida declaração se dera em sede de controle concreto, e não havia resolução do Senado Federal suspendendo a execução do dispositivo, e logo aquela decisão não alcançaria tais condenados.

A Defensoria Pública do Estado do Acre interpôs a Reclamação n.4.335/AC, pleiteando a aplicação da declaração de inconstitucionalidade

---

30 BULOS, Uadi Lammego, *Mutação constitucional*, cit., p. 152-153.

do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, ao caso dos autores do referido recurso.

A reclamação é instituto que visa a assegurar a competência e preservar a autoridade das decisões do Supremo, mas sempre se entendeu que o instituto visava preservar apenas as decisões vinculativas desse Tribunal, não tendo cabimento em casos como o presente, em que se visava a preservar uma decisão que, segundo a jurisprudência e doutrina ainda dominantes, não seria oponível *erga omnes*, uma vez que o Senado Federal não havia cumprido com o estabelecido no artigo 52, X, da Constituição Federal.

O relator da reclamação, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender liminarmente a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da Constituição de 1988, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Resaltou, ademais, que, ao alargar de forma significativa o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Com isso, o ministro relator levou a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal uma tese que há anos era por ele defendida em sede doutrinária, qual seja, a da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Através dela, pretende o ministro que o referido artigo, cuja redação diz “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, passe a ter um novo enunciado normativo, com o seguinte teor: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional, no todo ou em parte, uma lei, por decisão definitiva.”

Até o presente momento, foram proferidos quatro votos no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC. O relator Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau que, em voto-vista, se manifestou favoravelmente à tese da mutação constitucional defendida. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa votaram contrariamente à tese, empatando o julgamento, que está interrompido pelo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

A questão ainda carece de uma decisão definitiva. Contudo, proceder-se-á a uma análise acurada da tese, explicitar a necessidade e a legitimidade da mutação pretendida.

### 2.2.2 Motivos que dão ensejo à mutação

Em que pese o fato da doutrina concluir que o instituto da suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo é ultrapassado, em verdade, o instituto jamais se justificou.

Note-se primeiramente que no Brasil, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, sempre prevaleceu, sem maiores questionamentos, a doutrina norte-americana de que é nula a lei inconstitucional. Por todos, citamos Buzaid, que afirmava que “a lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula”<sup>31</sup>, é como se ela, no dizer de Lúcio Bittencourt, “jamais houvesse existido – *is as thought it never existed*”.<sup>32</sup>

A doutrina norte-americana jamais precisou explicar tal afirmação. O instituto do *stare decisis*, que dá às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos efeito vinculante e oponível contra todos, bastava para que a norma declarada inconstitucional não voltasse a ser aplicada.

No Brasil, cujo sistema jurídico deriva de uma tradição romano-germânica, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tornava a lei nula, como sempre defendeu a doutrina pátria, mas, por não produzir efeitos *erga omnes*, acarretava uma grande incoerência do sistema. Uma lei nula, ou seja, algo que em tese jamais existiu, continuava a produzir efeitos e regular relações jurídicas.

31 BUZAID, Alfredo. *Da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 132.

32 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, cit., p. 136.

Note-se o quão ilógico e absurdo é admitir-se que algo nulo, assim declarado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, algo que não possui existência no mundo jurídico, que é como jamais houvesse existido, possa continuar a produzir efeitos, uma vez que, pelas regras do nosso ordenamento processual civil ordinário, as decisões alcançam somente as partes do processo.

Ocorre que não se está a falar aqui de uma decisão que é relativa tão somente ao caso concreto. Sendo incidental o controle, por óbvio que o caso concreto gerou o julgamento, mas uma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo modifica não apenas aquela relação jurídica, mas o próprio ordenamento, torna nula, inexistente, a lei declarada inconstitucional. Se não existe, como pode continuar produzindo efeitos?

Veja-se a ilibada opinião de Lúcio Bittencourt, ao constatar que os constitucionalistas brasileiros não obraram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem o efeito *ex-tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo:

“[...] as dificuldades e problemas surgem precisamente no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos – infesos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo – limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *‘is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force’*.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou fundamento. Nem Ruy Barbosa, com seu gênio

estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.

É que em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos, que aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem *erga omnes*.<sup>33</sup>

Legislador e doutrina não foram sensíveis ao fato de que, assim como nas sentenças que decidem matéria de estado civil, também as que decidem acerca da constitucionalidade das leis, não deviam ficar atadas aos limites da doutrina da coisa julgada. O incidente de inconstitucionalidade, sobretudo quando julgado pelo Supremo Tribunal Federal, representa o mais puro exercício da jurisdição constitucional. A declaração de inconstitucionalidade, implicando na nulidade da lei ou ato normativo, é matéria de ordem pública e, tal qual as decisões que julgam matéria de estado civil, deveria produzir efeitos contra todos.

Ademais, o incidente de constitucionalidade é um procedimento diverso do julgamento do caso concreto que lhe deu origem, não podendo ficar sujeito às mesmas regras de produção de efeitos daquele. A decisão sobre a constitucionalidade não se coaduna com a produção de efeitos meramente entre partes.

Ocorre que o legislador brasileiro, arraigado a uma concepção formalista de separação dos poderes, para a qual era inaceitável que o Poder Judiciário atuasse como legislador negativo, podendo retirar do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais, buscou limitar a eficácia da decisão do Supremo em sede de controle concreto. Temeroso de que a importação do sistema norte-americano como um todo, incluindo a produção de efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo que declarassem a inconstitucionalidade, fosse criar um governo de juízes, o legislador pátrio criou o instituto da suspensão da lei pelo Senado.

Na própria constituinte de 1934, que criou essa fórmula, houve quem defendesse que depois de declarada inconstitucional em mais de

---

33 BITTENCOURT, Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.*, cit., p. 140-141.

um aresto pelo Supremo Tribunal Federal, seria reconhecida a inexistência da lei. O deputado Godofredo Vianna, apoiado por Araújo Castro, crítico da competência atribuída ao Senado Federal, apresentou emenda ao texto originalmente proposto, com o seguinte teor:

“Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos na lei civil.”<sup>34</sup>

Nos debates realizados preponderou, contudo, a ideia de se outorgar ao Senado, erigido à época ao papel de coordenador dos poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda assim, houve quem entendesse, tese defendida por Lúcio Bittencourt em seu livro *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, obra prima reconhecida internacionalmente, que:

“Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do artigo 45, n. IV da Constituição<sup>35</sup> é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução.”<sup>36</sup>

A tese de que a resolução do Senado teria mero efeito publicizante, apesar de sua coerência, frente ao fato da doutrina ser uníssona quanto à nulidade da lei declarada inconstitucional, permaneceu minoritária, não obtendo a adesão da doutrina e jurisprudência. Justifica-se. O Brasil vivia uma outra era no controle de constitucionalidade. O direito brasileiro desconhecia qualquer possibilidade de decisões judiciais com efeitos vinculantes, embora tais espécies de decisões proliferassem em ordenamentos

34 CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935. p. 247.

35 Referência à Constituição de 1967.

36 BITTENCOURT, Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, cit., p. 145-146.

jurídicos de tradição romano-germânica, como, por exemplo, a Constituição alemã de 1919 e a austríaca, dessa mesma época.

Essa conjuntura desfavorável começou a se modificar sensivelmente com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que alterou a Constituição de 1946, introduzindo no direito brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade das leis e criando, com isso, um sistema que se convencionou denominar de misto, vez que abrigava ambas espécies de controle, concreto e abstrato.

Como visto, embora a Constituição nada dispusesse a respeito, até o advento das Emendas Constitucionais ns. 3 e 45 à Constituição de 1988, através de construção jurisprudencial, fixou-se o entendimento de que a lei declarada inconstitucional em sede de controle abstrato prescindia da suspensão pelo Senado para produzir efeitos *erga omnes*. Note-se que, pela primeira vez, o Supremo tinha em suas mãos o poder de retirar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo sem a intervenção do Senado, e tal poder não lhe fora dado pelo constituinte derivado, quando criou o controle abstrato no Brasil, mas veio através de construção do próprio Supremo.

Foi uma construção jurisprudencial que consolidou os efeitos *erga omnes* das decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade. Hoje, esse tipo de efeito é a regra geral do sistema. São inúmeras as possibilidades de uma decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo produzir efeitos gerais. Mesmo liminarmente, eles podem ser produzidos.

Com a Constituição de 1988, o advento das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 e das Emendas ns. 3 e 45 à Constituição Federal, se consolidou, em absoluto, um regime jurídico que preza pelas decisões com eficácia geral em sede de controle de constitucionalidade. É outro o contexto social e mesmo constitucional, no qual a regra do artigo 52, X, da Constituição Federal parece ter sobrevivido apenas por razões históricas.

Atualmente, a regra geral do sistema de controle de constitucionalidade é a da decisão com efeitos *erga omnes*. É tal sua prevalência que, inclusive, faculta-se a concessão de medida cautelar quando do julgamento de ações abstratas de controle de constitucionalidade. Não há lógica em um sistema que autoriza o Supremo a liminarmente

suspender a produção dos efeitos da lei com eficácia contra todos, mas veda que em uma decisão final, após tão longo e árduo caminho que percorrem os recursos para chegar ao Supremo Tribunal Federal, não produza tais efeitos, apenas por ser ela oriunda de um incidente de inconstitucionalidade.

De se destacar ainda que a suspensão da execução da lei pelo Senado não se mostra instrumento adequado a dar eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo proferidas em sede de incidente de inconstitucionalidade, sobretudo quando, nessa sede, o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas apenas fixar orientação constitucionalmente adequada. Nessa hipótese, o instituto não teria qualquer validade, posto que não haveria norma declarada inconstitucional a ter sua eficácia suspensa.

Assim ocorre também nos casos em que o Supremo procede a uma interpretação conforme a Constituição, ou declara a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Nesses casos, não haverá possibilidade de aplicação do artigo 52, X, da Constituição Federal, uma vez que a referida decisão não impugnaria a norma, apenas apontaria a correta interpretação dela. São casos em que não se afasta a incidência de disposições do ato, mas tão somente de um dos seus significados normativos, não havendo como suspender a execução de uma interpretação.

O instituto não possui aplicação também quando o Supremo rejeita a arguição de inconstitucionalidade, quando apenas fixa uma interpretação da Constituição ou quando declara a não recepção de lei pré-constitucional. Como se vê, são inúmeros os casos em que o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal se mostra inadequado a assegurar efeitos gerais às decisões do Supremo tomadas em incidente de inconstitucionalidade, limitando-se a atuar, tão somente, quando a norma for declarada inconstitucional.

Ademais, é mister ressaltar que o legislador ordinário vem modificando substantivamente o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade. Note-se que, ao ser provocado um incidente de inconstitucionalidade em um tribunal, ele é apartado completamente da lide que lhe deu origem. A remessa do incidente ao pleno não leva a esse órgão o julgamento do caso concreto, mas tão somente da questão constitucional.

Imagine-se, pois, um incidente de inconstitucionalidade levantado em um caso a ser julgado pelo Supremo. O incidente será levado a julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. Conforme demonstrado no item 1.2, o procedimento desse incidente atualmente em muito se assemelha ao procedimento de julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade.

Assim é que, ao julgar um incidente de inconstitucionalidade, o pleno do Supremo Tribunal Federal deverá decidir a questão pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá haver manifestação de qualquer dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como dos interessados que desejarem atuar como *amicus curiae*, o Ministério Público deverá ser ouvido, poderá, inclusive, limitar os efeitos da decisão para que não seja retroativa. Enfim, o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade guarda enorme similitude com o das ações diretas de inconstitucionalidade.

Logo, se uma decisão tomada pelo mesmo *quorum* qualificado, em procedimento deveras similar, produz efeitos *erga omnes* quando de ação abstrata de controle se trate, por que não produziria quando levantada em um incidente? Fica evidente, com isso, o já tão alardeado anacronismo do artigo 52, X, da Constituição Federal.

A questão fica ainda mais sensível ao se constatar que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a possibilidade de haver pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado em sede de controle incidental<sup>37</sup>. Nessa hipótese, ao tomar uma “decisão de calibragem”, o Supremo parece avançar sobre a atividade inicial do Senado, assumindo uma posição que parte da doutrina atribuía a essa alta casa do Congresso Nacional.

Importante notar que o legislador ordinário não se furtou em buscar meios de aproximar os controles incidental e abstrato de constitucionalidade. Não bastasse ter abstrativizado o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade, ele buscou especificamente alcançar soluções para ampliar os efeitos das decisões proferidas em sede de controle incidente.

A criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental parece ter sido uma das fórmulas de que o legislador se

---

37 STF – RE n. 197.917, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, de 31.03.2004 (ação civil pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores).

valeu para ampliar os efeitos do controle incidental. Com previsão no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n. n. 9.882/99, a chamada arguição incidental tem o condão de interromper julgamentos das instâncias inferiores, ficando os feitos sobrestados, até que o Supremo decida a questão da inconstitucionalidade. Ela produz uma cisão da competência e ao Supremo Tribunal Federal caberá julgar tão somente o incidente de inconstitucionalidade; o caso concreto será julgado na instância da competência originária, conforme a decisão do Supremo.

O artigo 2º, II, desse diploma legal legitimava “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” à propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, temendo uma avalanche de processos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, o presidente da República vetou tal dispositivo, destacando que:

“Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.”<sup>38</sup>

O veto justificou-se, sobretudo, em razão do amplo acesso já existente ao controle abstrato, bem como do temor de uma extraordinária multiplicação dos feitos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida, entretanto, que a impossibilidade de produção de efeitos *erga omnes* no controle incidental propicia o atual congestionamento não apenas do Supremo, mas de todo Judiciário, uma vez que, enquanto o Senado não suspender a execução da lei declarada inconstitucional, juízes e tribunais poderão continuar julgando contrariamente ao entendimento fixado pelo Supremo, provocando uma enxurrada de recursos extraordinários.

<sup>38</sup> Mensagem n. 1.807 da Presidência da República, de 03.12.1999.

Apesar de não ter tido sucesso em tal empreitada, o legislador não se furtou a buscar outros meios de dar eficácia geral às decisões do Supremo em sede de controle incidental de constitucionalidade. Mesmo antes do advento das leis que regulamentaram a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental e modificaram o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade, os abstrativizando, o legislador positivou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a dispensando a observância da cláusula de reserva de plenário quando o Supremo já houvesse se manifestado anteriormente sobre a questão da inconstitucionalidade levantada.

O Supremo há muito vem afirmando a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao plenário do tribunal, desde que ele já tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada. É o que se depreende do voto do Ministro Ilmar Galvão:

“Esta nova e salutar rotina que aos poucos vai tomando corpo – de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no *artigo 101 do RI/STF, onde está prescrito que ‘a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidas às Turmas ou ao Plenário’*, além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no artigo 97 da Constituição Federal, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo o encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.”<sup>39</sup>

O entendimento foi repetidas vezes reiterado, até ser incluído formalmente no ordenamento jurídico. É de se salientar que o texto do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – artigo 101 –, bem como o entendimento consagrado acima, marcam uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, passando praticamente a

---

39 STF – RE n. 190.728, rel. para o acórdão Min. Ilmar Galvão, DJ, de 30.05.1997.

equiparar os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.

As decisões proferidas em sede de controle incidental passam a produzir efeitos que podem ser opostos contra todos, antes mesmo da suspensão pelo Senado Federal. Os órgãos fracionários dos tribunais ficam desvinculados do dever de remessa ao pleno ou órgão especial do tribunal a que se vincula, podendo decidir autonomamente com fundamento em uma declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Procedeu-se, dessa forma, a uma verdadeira mutação constitucional do artigo 97 da Constituição Federal. O texto constante hoje do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil brasileiro, em verdade, foi incorporado, através de mutação constitucional, à Magna Carta brasileira, uma vez que, mesmo antes de sua promulgação, esse já era o entendimento jurisprudencial.

Além do mais, caso não se admita a tese de que tal texto foi por mutação incorporado à Constituição, sem portanto modificar o texto desta, haveria de se concluir pela inconstitucionalidade daquele dispositivo do Código de Processo Civil, o que não se faz, nem se fará, pois a questão já está pacificada na jurisprudência do Supremo, bem como na doutrina.

Essa nova leitura do artigo 97 da Constituição Federal consagra em verdade uma antecipação dos efeitos gerais da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei em controle concreto, antes mesmo da suspensão da execução pelo Senado da norma impugnada. Por óbvio que se está diante de instituto que limita a competência ao Senado atribuída pelo artigo 52, X, da Constituição brasileira.

Impende registrar, neste ponto, a lição do Ministro Teori Albino Zavascki, na qual esse ilustre magistrado demonstra possuir a exata percepção do papel institucional que se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição político-jurídica de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição da República, bem como afirma a necessidade da mutação pretendida:

“Mais ainda: a ‘guarda da Constituição’, além de constituir dever jurado de todos os juízes, foi atribuída como missão primeira,

mais relevante, a ser desempenhada ‘precipualemente’, ao órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). A ele se atribui, no exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade do ordenamento, o poder de declarar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade de preceitos normativos, retirando-os do ordenamento jurídico, ou a sua constitucionalidade, afirmando a imperiosidade da sua observância. *Também no âmbito do controle difuso, os precedentes do Supremo Tribunal Federal têm eficácia transcendental no sistema, como, por exemplo [...], a de vincular, indiretamente, as decisões dos demais tribunais, cujos órgãos fracionários ‘não submeterão ao plenário, ou órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento [...] do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’* (CPC, art. 481, parágrafo único).<sup>40</sup>

A extensão dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade para outros processos que não o que deu causa a decisão é algo recorrente nos julgamentos do Supremo. É o que tem ocorrido com frequência nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, nas quais o Supremo Tribunal Federal tem atribuído efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão, como também aos próprios fundamentos determinantes.

São expressivos os casos em que o Supremo estendeu, com fulcro no artigo 557, *caput* e parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declarara a inconstitucionalidade de uma lei municipal a outras situações idênticas, oriundas de Municípios diversos, no que se convencionou chamar de teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Há inúmeros exemplos, como o julgamento do RE n. 228.844/SP<sup>41</sup>, no qual se discutiu a legitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto. O relator valeu-se de precedente em julgamento de caso similar sobre lei do Município de Belo Horizonte, que havia instituído alíquota progressiva de IPTU.

40 ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 160-161, 2003.

41 STF – RE n. 228.844/SP, rel. Min. Maurício Correa, DJ, de 16.06.1999.

A Ministra Ellen Gracie, relatora de recurso extraordinário em que se discutia a ilegitimidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, em Minas Gerais, utilizou-se de precedente do Município de Niterói, Rio de Janeiro<sup>42</sup>. O mesmo tipo de transcendência, com a aplicação de decisão tomada em controle incidental de constitucionalidade a novos feitos, pode ser constatada em diversos julgados, como, *exempli gratia*, RE n. 221.795, AI n. 423.252, RE n. 345.048 e RE n. 384.521, entre outros.

Esse procedimento, recorrente no Supremo Tribunal Federal, evidencia, mesmo que timidamente, os efeitos gerais dos fundamentos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade do direito municipal. Obviamente, semelhante orientação só pode prosperar em se admitindo que a decisão tomada pelo Supremo produza eficácia transcendente, sendo, portanto, dispensada a manifestação do Senado.

Também se destaca a possibilidade de controle de constitucionalidade em ações coletivas, casos em que seria impossível falar em eficácia *inter partes*. Como sustentar que uma decisão proferida em uma ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo que declare a inconstitucionalidade de uma lei tenha eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, portanto, a suspensão da execução da lei pelo Senado revela-se completamente inútil. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal julgou prejudicada a ADI n. 1.919, proposta contra o Provimento n. 557/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura paulista, em virtude de decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em mandado de segurança coletivo, declarou a nulidade daquele ato. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, portanto, eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Que dizer, então, se a declaração de inconstitucionalidade fosse proferida pelo próprio Supremo em ações coletivas?

Por fim, uma última inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45 contribui ainda mais para o quebrantamento do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal. Tal emenda trouxe à baila o requisito da repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários.

42 STF – RE n. 364.160, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, de 07.02.2003.

Tal instituto foi regulamentado pela Lei n. 11.418, de dezembro de 2006, que introduziu ao Código de Processo Civil o seguinte artigo:

“Artigo 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º - *Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.*

§ 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

O dispositivo destacado – artigo 543-B, § 3º do CPC – é outro a antecipar a produção de efeitos *erga omnes* nas decisões do Supremo que declarem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Note-se que o recurso extraordinário que chegar ao Supremo provocará o sobrestamento dos feitos similares e a decisão nele tomada irá interferir no julgamento destes.

O dispositivo da lei adjetiva civil brasileira foi assim regulamentado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Artigo 328 - *Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juízo especial, a fim de que observem o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.*

Parágrafo único - *Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do artigo 543-B do Código de Processo Civil.*” (grifei)

Fica claro que, havendo multiplicidade de processos versando sobre questões similares, somente um ou alguns mais representativos serão selecionados para julgamento pelo Supremo Tribunal. A decisão proferida haverá de ser aplicada aos demais feitos sobrestados. Com isso, acaso a questão verse sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, a decisão tomada pelo Supremo produzirá efeitos para além do caso concreto que provocou o incidente.

Essa é, portanto, mais uma hipótese em que se está a admitir a produção de efeitos *erga omnes* em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A aplicação da decisão proferida no feito mais representativo aos demais processos sobrestados nada mais é que a antecipação da eficácia geral, que somente viria a ser produzida com a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal.

São inúmeros os casos em se vem demonstrando a necessidade de uma nova leitura do artigo 52, X, da Constituição Federal. Os efeitos gerais tornaram-se regra graças ao controle abstrato e, mesmo no controle incidental, tais efeitos vêm se consolidando, a despeito da manutenção, na Constituição, do instituto da suspensão da execução das leis inconstitucionais pelo Senado.

### **2.2.3 A suspensão da execução da lei pelo Senado Federal e a mutação constitucional**

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sofreu inúmeras e significativas modificações que acabaram por alterar o contexto que parecia justificar a existência do instituto da suspensão pelo Senado da execução da lei declarada inconstitucional. A decisão do Supremo que declara a inconstitucionalidade de uma norma, ainda que em sede de controle incidental, deve bastar para que a norma seja extirpada do ordenamento jurídico.

Hoje, não há mais espaço para aquele instituto, fazendo-se necessária uma releitura do papel do Senado no controle de constitucionalidade, uma vez que não mais prevalece a concepção de separação de poderes que orientou a formulação da regra contida atualmente no artigo 52, X, da Constituição Federal. De notar que, mesmo em 1934, quando da criação do instituto em comento, outros países de tradição jurídica romano-germânica já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, desmistificando a ideia de que seria inviável que se desse ao Poder Judiciário funções de legislador negativo, podendo retirar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

São diversas as manifestações que deixam clara a mudança da atual concepção de separação dos poderes. Destacamos, a título exemplificativo, a nova orientação que foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670 e 712, quanto ao instituto do mandado de injunção e seu alcance.

Restou decidido que alguns dispositivos da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que rege o exercício desse ato dos trabalhadores da iniciativa privada, também poderão ser aplicados às greves do serviço público, até que o Congresso Nacional elabore a lei específica.

De se destacar a ênfase dada à necessidade de se atribuir ao mandado de injunção não só a finalidade de constituir em mora o Poder Legislativo, mas de se apresentar como solução à omissão daquele poder. Em suma, o Supremo Tribunal afirma a importância de sua função política, o que implica em uma necessária quebra do rigorismo formalista quanto à concepção de separação de poderes, por se atribuir força normativa às decisões dessa alta corte.

Não apenas nesse caso, mas diversos outros julgamentos denotam uma mudança de paradigma. A concepção de separação de poderes vigente é completamente diversa da que justificou a criação da suspensão da execução de leis pelo Senado. Hoje, é afirmada a cada dia a importância da função política do Supremo, que deve atuar não apenas como mero julgador, mas como concretizador da ordem jurídica constitucional. A separação de poderes não é absoluta e pode, em verdade deve ser mitigada, de modo a efetivar a doutrina dos freios e contrapesos. A intervenção do Poder Judiciário no Legislativo é necessária tal qual a do

Executivo nesse poder, ao exercer seu poder de veto. O Executivo atua na esfera do Legislativo em defesa do interesse público, o Judiciário faz o mesmo em defesa da Constituição.

A suspensão pelo Senado foi instituído que atendeu muito bem aos anseios da sociedade ao longo de vários anos. Contudo, no atual sistema em que prevalecem as decisões com eficácia *erga omnes*, em que há uma ampla legitimidade para a propositura das ações do controle abstrato de normas, no qual o procedimento dos julgamentos dos incidentes de inconstitucionalidade e das ações diretas são muito similares, em um sistema em que as exigências de *quorum* para a abertura do julgamento e para a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal são rigorosamente as mesmas, não há mais significado na manutenção daquele instituto.

Com o advento da Constituição de 1988, o direito brasileiro, pode-se afirmar, deixou o sistema misto de controle de constitucionalidade, passando a adotar um sistema fundamentalmente concentrado de controle. A ênfase do sistema deixou de estar no controle difuso, prevalecendo, agora, as decisões com eficácia geral, ou seja, o controle abstrato.

Há, portanto, uma mudança contextual, não apenas externa como também interna à própria Constituição, autorizadora da mutação constitucional pretendida. O instituto previsto no artigo 52, X, da Constituição está em dissonância, inclusive, e sobretudo, com a própria Constituição, que preza por decisões com eficácia geral em sede de controle de constitucionalidade, pela celeridade, economicidade, racionalidade do processo e, principalmente, pela segurança jurídica.

A mutação exige-se para adequar o texto constitucional à realidade vigente. Há uma incongruência existente entre Constituição formal e Constituição material, ou seja, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. A mutação há de ser procedida, adequando-se o texto constitucional à realidade constitucional, operando-se sem provocar uma ruptura no sistema. Na mutação há mais que simples interpretação, através dela não apenas se produz uma norma nova, mas o próprio texto normativo é substituído.

Como afirma o Ministro Eros Grau em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, os limites da mutação estão contidos na

“língua” da Constituição, ou seja, o resultado da mutação não pode ser contrário ao todo constitucional em seu contexto. No caso presente, o que se vê é justamente uma adequação do dispositivo do artigo 52, X, da Constituição Federal, não apenas com a lógica externa, mas com a lógica interna da Constituição.

A confrontação do texto resultante da mutação pretendida com o restante do texto constitucional, bem como com toda a legislação que compõe a Constituição material, não leva a nenhuma incongruência. Pelo contrário, o novo texto é plenamente adequado com o espaço semântico constitucional, está em perfeita consonância com as regras e princípios que regem a Lei Maior brasileira.

O texto resultante da mutação pretendida parece se adequar perfeitamente ao que hoje se tem em relação ao controle abstrato de normas. Veja que há exigência, nessa sede de controle, de se fazer a comunicação da decisão à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato – art. 25, da Lei n. 9.868/99. Assim, também a comunicação ao Senado Federal, regra do inciso X do artigo 52 da Constituição, seria ato obrigatório para dar ciência e para que o Senado dê publicidade, não para que ele dê os efeitos gerais, pois esses decorrem da decisão do Supremo em si. Não há qualquer degenerescência nisso, mas sim uma manifestação de sanidade e correção do sistema.

Parece que, não sem razão, o constituinte de 1988 mencionou apenas leis no texto do inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal. Assim, a comunicação ao Senado tem a mesma função do artigo 25 da Lei n. 9.868/99, qual seja, a de dar ciência ao órgão responsável pela expedição do ato, no caso das leis, o Senado, como representante do Poder Legislativo. No que tange aos demais atos normativos, a comunicação será feita apenas para que o Senado dê publicidade da decisão tomada no incidente de inconstitucionalidade, o que deve ser feito também quando de lei se trate, a fim de que ela fosse tornada de conhecimento geral.

Por fim, cabe ressaltar que, mesmo Montesquieu<sup>43</sup>, ao tratar da distinção – e não separação dos poderes, como bem ressaltou em seu citado voto o Ministro Eros Grau – entre os Poderes Legislativo e Executivo,

---

43 Citado pelo Ministro Eros Grau, em seu voto no julgamento da Rcl n. 4.335/AC.

admitiu que esse faz parte daquele, em virtude do direito de veto, necessário para se evitar o despotismo do Legislativo. Não conhecia, o douto barão, a doutrina da inconstitucionalidade. Conhecesse e, por óbvio, teria admitido a participação do Poder Judiciário no Legislativo, de forma análoga ao poder de veto do Executivo, podendo extirpar normas do ordenamento jurídico, através da declaração de inconstitucionalidade.

A mutação pretendida deve ser admitida, pois ela corrige as incongruências do sistema, adequando o texto do artigo 52, X, da Constituição Federal não apenas com o contexto externo, como também, e principalmente, com o contexto interno da Constituição. Não há qualquer quebra da coerência ou lógica do sistema decorrente da efetivação dessa mutação. Pelo contrário, atribuir ao Senado competência para tão somente dar publicidade ao ato que declara a inconstitucionalidade, já produzindo efeitos *erga omnes* por si só a decisão do Supremo, harmoniza as regras do controle incidental com o restante do sistema.

A tese foi defendida ainda pelo Ministro Celso de Mello. Em voto proferido no julgamento da ADI n. 3.345/DF<sup>44</sup>, ele faz longa citação de artigo do Ministro Gilmar Mendes<sup>45</sup>, deixando claro seu apoio à tese da mutação defendida naquele artigo e repetida no julgamento da Reclamação n. 4335/AC pelo Ministro Gilmar Mendes.

A prevalência desse entendimento, quase tão antigo quanto o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal, visto que já era defendido há muitos anos por Lúcio Bittencourt, parece ser o único meio de harmonizar o sistema de controle de constitucionalidade, dando fim a um anacronismo que persiste, ainda hoje, por conta de um apego excessivo a razões de natureza meramente históricas.

Ademais, a efetivar-se a mutação pretendida, estar-se-á a assegurar a efetividade das normas constitucionais porque, ao impedir que o interprete final da Constituição, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, retire do ordenamento jurídico leis ou atos normativos a ela contrários, se está

44 STF – ADI n. 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>.

45 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 163-166, abr./jun. 2004.

a respaldar a manutenção no ordenamento de leis contrárias à Constituição, o que ofende o próprio princípio da supremacia da Constituição.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca das questões constitucionais, como bem lembra o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki, deve ter tratamento diferenciado e se impor a todos, como se constata das suas brilhantes lições:

“As razões fundantes do tratamento diferenciado, segundo é possível colher da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são, essencialmente, a da *‘supremacia jurídica’ da Constituição, cuja interpretação ‘não pode ficar sujeita à perplexidade’, e a especial gravidade com que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o ‘vício’ da inconstitucionalidade das leis.*

O exame desta orientação em face das súmulas revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de *preservar a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna.* Supremacia da Constituição e autoridade do Supremo Tribunal Federal são, na verdade, valores associados e que têm sentido transcendental quando associados. Há, entre eles, relação de meio e fim. E é justamente essa associação o referencial básico de que se lança mão para solucionar os diversos problemas [...].

O princípio da supremacia da Constituição e a autoridade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal constituem, conforme se viu, os pilares de sustentação para construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações [...].

[...] *O Supremo Tribunal Federal 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 Supremo Tribunal Federal diz que ela é.* Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo

significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição. *A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, § único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso[...].*<sup>46</sup>

Como se pode ver, o instituto da suspensão da execução, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional é regra que se coloca contrariamente à necessária efetivação das normas constitucionais. Como assegurar a sua efetividade se a palavra daquele a quem foi incumbido o dever de guarda da Constituição fica a depender da atuação do Senado para se impor contra todos?

A mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal é uma manifestação legítima a ser dada pelo Supremo, órgão que detém esse poder de dizer o que é a Constituição, apresentando-se justamente como meio de corrigir esse anacronismo que, a despeito de toda a reformulação da jurisdição constitucional brasileira e do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, foi atavicamente mantido em nosso ordenamento.

#### **2.2.4 Resposta às críticas feitas à tese**

Com o início do julgamento da Reclamação n. 4335/AC, as primeiras vozes contrárias à tese da mutação constitucional começaram a se levantar. A questão é polêmica e suscita intensos debates doutrinários. O Ministro Sepúlveda Pertence foi o primeiro a se opor à mutação pretendida. Em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, o ministro insinua um golpe de estado, por conta da forma pela qual se pretende reformar o artigo 52, X, da Constituição Federal, e do consequente poder que se ampliaria em razão de tal mudança.

<sup>46</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, Ação rescisória em matéria constitucional, cit., p. 162-167.

Não se questiona quanto ao fato de que a referida mutação ampliaria os poderes do Supremo Tribunal Federal. Isso é óbvio! Contudo, tal não pode ser encarado como um golpe de estado. O Supremo já possui hoje poder para extirpar liminarmente do mundo jurídico determinado dispositivo legal, em razão de pedido de antecipação de tutela em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Supremo Tribunal Federal pode vincular todo Judiciário e toda a Administração Pública através das súmulas vinculantes. A mutação constitucional que se pretende é consequência inevitável de um processo de reforma do sistema de controle de constitucionalidade, iniciado com a criação da representação de inconstitucionalidade, e acelerado, profundamente, com o advento da Constituição de 1988.

Dar eficácia geral a uma decisão tomada em um incidente de inconstitucionalidade julgado pelo Supremo não amplia de forma significativa seu poder. É inconcebível a tese de que tal mutação poderia representar um golpe de estado, um governo de juízes, como temiam os constituintes de 1934. A mutação é uma forma legítima de adequar a Constituição à realidade dos fatos. Como o próprio Ministro Sepúlveda Pertence afirma em seu voto, “no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário”.

A referida afirmação em si já é suficiente para desdizer o que defendeu em seu voto o ministro. Se o instituto da suspensão chegou a um *status* tão baixo que não é nem preciso combatê-lo, pode-se concluir que não há mais razão de ser do instituto, não há porque preservá-lo no ordenamento jurídico. Mesmo porque, a despeito da sua “insignificância”, ele continua a gerar inconveniências, como, *u.g.*, a recalcitrância do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que levou à interposição da Reclamação n. 4.335/AC.

O Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo defendendo tese contrária, deixa clara a possibilidade de a jurisprudência criar mecanismos, no presente caso a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, para corrigir os defeitos decorrentes da adoção do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade por países cujo regime jurídico descende da tradição romano-germânica, ou seja, da sua

transplantação para os regimes da *civil law*. Ele o faz, ao citar Mauro Cappelletti, transcrevendo a seguinte passagem:

“Esses riscos e inconvenientes – presentes em todos os países que o tem ensaiado – da transplantação a regimes da *civil law* do método americano de controle incidente (Cappelletti, ob. cit., p. 76) – *contornou-os primeiramente a Suíça, onde a prática jurisprudencial construiu o poder de o próprio Tribunal Federal conferir eficácia erga omnes à declaração em casos concretos de inconstitucionalidade de leis cantonais* (Cappelletti, ob. cit., p. 79; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, p. 51).”

A solução encontrada pelo direito suíço é justamente a proposta pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em seu voto. Na Suíça, foi a prática jurisprudencial a responsável pela transformação do sistema, permitindo a eficácia *erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto. É o que se pretende hoje no Brasil, com o julgamento da Reclamação n. 4.335/AC. Se o constituinte derivado furta-se da obrigação de adequar a Constituição à realidade de seu tempo, faz-se necessário que o Supremo Tribunal, como intérprete oficial e guardião da Constituição, atue corrigindo as anomalias e anacronismos vigentes.

Ademais, não se discorda do Ministro Sepúlveda, ao afirmar que não se poderia, a partir da redução teleológica da cláusula da reserva de plenário, se concluir pela mutação constitucional pretendida. Não se poderia e nem se pode. Ocorre, contudo, que esse não é o argumento único da tese mutacional, mas apenas um dos muitos que a justificam.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, ao analisar a decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, Acre, que motivou a interposição da referida reclamação, afirmou que “o que a motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do artigo 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada – portanto, do próprio Poder Judiciário”.

Indaga-se: como curar esse “anacronismo patológico” que infecta tantos juízes? Sua cura passa indubitavelmente pela reforma do sistema.

Sem dúvida, determinados juízes sofrem desse “anacronismo patológico”, mas não só eles, como também o artigo 52, X da Constituição. Seria ilógico seguir a linha de raciocínio do ministro. A razoabilidade e um juízo de ponderação levarão à conclusão óbvia de que é mais prático e econômico corrigir um instituto falho e obsoleto, através da simples reforma de um único inciso da Constituição, do que modificar a forma de pensar de milhares de membros do Poder Judiciário.

A mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal apresenta-se como uma cura para tal patologia. Afinal, é esse dispositivo que dá aos juízes a faculdade de concordar ou não com a decisão do Supremo, enquanto não vier a resolução do Senado Federal dando-lhe eficácia *erga omnes*. A falha está no sistema, que deve garantir a efetividade da prestação jurisdicional, impedindo que juízes recalcitrantes continuem a decidir contrariamente à orientação do Supremo. Por conta disso, dificulta-se a efetividade dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da celeridade e da economia processual. É o sistema, e não o Poder Judiciário como um todo, que deve ser mudado. É mais racional que se mude o texto de um único inciso, que tentar mudar o entendimento deturpado de diversos membros do Judiciário.

O Ministro Joaquim Barbosa faz ainda uma afirmação infundada de que seria necessário um decurso de tempo maior para a constatação dessa mutação. Tal mutação já é defendida há anos, desde Lúcio Bittencourt, à época da Constituição de 1946. Ademais, a Constituição de 1988, responsável pela mudança de paradigma do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, já passou dos vinte anos. Uma geração inteira. Tempo, portanto, mais que suficiente para concretizar uma mutação constitucional. A experiência, ao longo de todos esses anos, provou que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado é atávico, anacrônico e que a lógica dominante no sistema consagrado pela Constituição vigente é a das decisões vinculantes, com eficácia geral, e não mais das decisões que dependiam do Senado Federal para expandir seus efeitos.

Ao final de seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa aduziu:

“Por fim, noto, com a devida vênia, que a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão

das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel, em sua monumental obra *The least dangerous branch*, qualificou de ‘virtudes passivas’ da Justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário três alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional.”<sup>47</sup>

Em que pese o brilhantismo da fonte, não se pode admitir que ao Poder Judiciário só restem as três alternativas a que faz menção o ministro. A mutação constitucional é uma realidade, é um processo informal, mas legítimo de reforma da Constituição. Ao Poder Judiciário, sobretudo ao seu órgão de cúpula, a Corte constitucional de um país, cabe adequar as normas constitucionais à realidade de seu tempo. Omitir-se dessa atribuição seria uma falha grave, a possibilitar a falta de efetividade, de normatividade, do direito constitucional. Obviamente que tal prática deve ser procedida com absoluta parcimônia e somente em casos imperativos – como o presente –, uma vez que o Judiciário carece da legitimidade democrática concedida aos demais poderes.

Em seus votos, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa defenderam que a admissão da produção de efeitos *erga omnes* pela decisão tomada em sede de controle incidental pelo Supremo Tribunal Federal seria desnecessária e até mesmo afrontosa ao instituto da súmula vinculante. Note-se que a súmula vinculante se presta à concessão de efeitos vinculantes, que possuem uma abrangência deveras superior ao da eficácia geral.

Logo, ainda que a decisão tomada em incidente de inconstitucionalidade produza efeitos gerais, oponíveis *erga omnes*, não perde a súmula vinculante a sua razão de ser, uma vez que somente pela sua edição os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficarão vinculados. A eficácia *erga omnes* não possui o poder vinculante, e portanto a mutação constitucional em debate não usurpa a competência das súmulas vinculantes.

<sup>47</sup> Voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Rcl n. 4.335/AC.

Lenio Streck<sup>48</sup> foi outro a manifestar-se contrariamente à tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Aduziu inicialmente que o instituto é consagrado, sendo uma tradição que vem sendo mantida por sucessivas Constituições há décadas. Esse apego ao elemento histórico, contudo, não pode justificar a paralisação de um processo evolutivo. A mutação constitucional é elemento válido justamente para corrigir as incongruências que o tempo faz surgir nos textos constitucionais. Inegável que o sistema hoje é outro, o contexto é outro, e não há mais espaço para um instituto que em nada contribui para a efetivação de um processo racional, célere, econômico e justo.

O eminente constitucionalista afirma que “após a Emenda Constitucional n. 45/2004, a unificação do rol de ativamente legitimados, em favor de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado para ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, mostra com clareza que a tarefa do controle concentrado da constitucionalidade é uma missão para todos, e não somente para órgãos estatais”. A afirmação está a justificar a efetivação da mutação pretendida, pois se o controle de constitucionalidade é uma missão de todos, e se a todos cabe o controle concentrado, a todos se podem estender os efeitos da declaração incidental pelo Supremo.

Ao contestar a tese ora defendida, Streck comete um pequeno deslize. Defende em seu artigo que retirar tal competência do Senado “significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo”. Os deputados federais são representantes do povo. Os senadores representam os Estados. Ademais, a criação do instituto pela constituinte de 1934 justificou-se não pela intenção de incluir o povo no controle – mesmo porque dar a ele a possibilidade de levantar incidentes que levassem a decisões com eficácia geral seria a melhor maneira de incluí-los –, mas sim pelo fato de, à época, ter se erigido o Senado Federal à posição de coordenador dos poderes da República.

---

48 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.498, 08 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 19 out. 2010.

Ademais, afirmativas no sentido de que a mutação pretendida afronta o princípio da separação de poderes denotam um apego daqueles que as fazem a uma concepção ultrapassada. Veja que mesmo Montesquieu, ao dispor sobre a distinção dos poderes – e não separação, como já se afirmou anteriormente –, previu meios de intervenção, como o veto do Executivo a leis do Legislativo. Conhecesse ele a inconstitucionalidade, teria admitido a intervenção do Judiciário para retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais.

Afirmar ainda que tal mutação seria uma afronta ao princípio do devido processo legal é outro erro. Se assim fosse, todas as ações de controle abstrato constituiriam afronta a tal princípio. O procedimento do incidente se tornou abstrato. Há ampla possibilidade de manifestação no julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade, inclusive admitindo-se a participação do *amicus curiae*, o que parece ser mais do que suficiente a derrubar o argumento de que se estaria afastando o povo do controle de constitucionalidade. As diferenças entre os procedimentos do controle abstrato e do incidental são mínimas, e não há, portanto, razão que justifique a diferença dos efeitos de suas decisões.

Não há crítica que abone a preservação do instituto pelo instituto. A suspensão de execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é uma regra ultrapassada cuja manutenção não se coaduna com a sistemática do ordenamento jurídico pátrio. Não há razões, seja de natureza política, constitucional, social ou ideológica, a justificar a sua manutenção na Constituição Federal.

Não há porque manter o atual texto do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas como fazer para corrigi-lo? Sem dúvida que uma emenda constitucional seria a maneira mais apropriada. Contudo, na inércia do constituinte derivado, e diante de todas as transformações sofridas pelo sistema de controle de constitucionalidade, a mutação constitucional apresenta-se como solução necessária, viável e mais célere.

A mutação pretendida não produzirá uma simples mudança de interpretação do texto da Constituição. Implicará em uma definitiva alteração do texto contido no dispositivo em debate. A questão mais polêmica e que cabe ser respondida é: pode haver mutação que modifique a substância do texto expresso? A principal crítica, portanto, não é quanto

às justificativas para a mudança do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas quanto ao meio utilizado para atingi-la. A mutação constitucional é meio legítimo para tanto?

Alguns entendem que a mutação pretendida seria inconstitucional, uma vez que iria de encontro ao texto, ou seja, que não alteraria tão somente o sentido do texto, mas o seu enunciado normativo. De fato, a mutação proposta provoca uma alteração quase que textual, contudo tal alteração não é contrária à “vontade da Constituição” ou ao que o Ministro Eros Grau, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, chama de “tradição do texto”.

Assim, não se pode olvidar a necessidade de proceder a uma interpretação sistemática da Constituição para se realizar uma mutação constitucional. As normas devem ser interpretadas como parte de um sistema, de modo que o intérprete não as aprecie isoladamente, de forma estanque.

Ao hermeneuta é dado fazer a norma evoluir. No dizer de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“Fala-se, assim, em interpretação evolutiva, ou adaptadora e adequada quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional.”<sup>49</sup>

A interpretação sistemática, método de apresentação de atos normativos, em que o hermeneuta relaciona umas normas às outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance, é técnica da qual o interprete não pode prescindir quando da produção de um enunciado normativo. Cabe lembrar que o enunciado normativo é fruto justamente da interpretação do texto expresso na lei.

O limite da mutação não está, portanto, no texto do dispositivo a ser reformado, mas sim no contexto constitucional, no espírito da

---

49 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit. p. 128-130.

Constituição, na inteligência do sistema constitucional como um todo. Esse parece ser o entendimento de Konrad Hesse, ao afirmar:

“Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder. Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real.”<sup>50</sup>

O direito constitucional não pode ser considerado uma ciência exclusivamente da realidade, nem tampouco mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista. Ele deve conter ambas características, sendo condicionado não só pela grande dependência que seu objeto apresenta em relação a realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas constitucionais. O direito constitucional deve preservar a consciência de seus limites. Cito novamente Hesse:

“Em outros termos, o direito constitucional, deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo direito constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.”<sup>51</sup>

É portanto a própria Constituição, o seu todo orgânico, a “vontade constitucional”, e não a literalidade de um dispositivo específico que sofre esse processo informal de modificação, que deve limitar essa mutação. A pretendida reforma do artigo 52, X, da Constituição Federal não deve ser

<sup>50</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, cit., p. 25.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 27.

freada pela literalidade do dispositivo, mesmo porque o contexto interno da Constituição Federal de 1988 está a autorizar a mutação, uma vez que foi a própria Constituição a principal artífice da mudança de paradigma que tornou regra a produção de efeitos gerais no controle de constitucionalidade.

A almejada mutação caminha, de fato, contra o texto disposto no inciso X, do artigo 52, da Constituição. Contudo, se alinha em perfeita harmonia com a “vontade constitucional”. A Constituição é um todo orgânico e harmônico, e uma regra como a do dispositivo mencionado, que está em total dissonância com o sistema constitucional, não merece se perpetuar, em razão apenas da clareza de seu texto, que afastaria a possibilidade da mutação.

Pelo contrário, a mutação é instrumento válido para sanar tal incongruência, harmonizando, dando coerência ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, sobretudo, dando efetividade aos princípios constitucionais da razoabilidade, da justiça, da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional e da segurança jurídica.

### **3 Conclusão**

Ao intérprete da lei cabe adequar o dever ser ao ser, o texto à realidade, para que, interpretando o texto, possa produzir uma norma correta. E o intérprete será tanto mais correto conforme consiga inserir no quadro do direito o discurso que o justifica, de maneira racional, atendendo aos valores constitucionais e sociais dominantes.

A mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal é um caso em que a sua necessária atualização à realidade encontra-se em perfeita coerência interna com o texto constitucional. Ela caminha no mesmo sentido da vontade da Constituição, acompanha a sua tradição, o seu espírito, que pugna pela racionalização do processo, garantindo celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, através da efetivação de um sistema que preza por decisões com eficácia geral, gerando segurança jurídica.

Desde o advento da Constituição de 1988, houve uma profunda alteração do sistema jurídico, conforme vastamente analisado, tornando obsoleto o instituto da suspensão da execução pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental. A regra do artigo 52, X, da Constituição Federal não mais se harmoniza

com a vontade constitucional. Pelo contrário, sua manutenção prejudica a força normativa da Constituição, ao impedir que decisões do intérprete final, do guardião máximo da Constituição, sejam oponíveis contra todos.

Cabe destacar e reconhecer, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, da CF), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela sua jurisprudência: “A interpretação do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal deve ser acompanhada pelos demais tribunais. [...] A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição.” (STF – AgR RE n. 203.498/DF, rel. Min. Gilmar Mendes).

Ao permitir que os tribunais inferiores continuem a julgar contrariamente às orientações firmadas pelo intérprete final da Constituição o dispositivo do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, está a obstaculizar a efetivação da força normativa da nossa Lei Fundamental.

É preciso ter em perspectiva que, em sede de fiscalização constitucional, o exercício jurisdicional do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, reside a magna prerrogativa outorgada àquela Corte de definir os limites das competências estatais, de determinar o alcance dos direitos e garantias fundamentais e de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Perfeita, portanto, a clássica lição de Francisco Campos<sup>52</sup>, ao afirmar que, no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que, segundo esse eminente publicista: “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. *A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição funciona, igualmente, o poder constituinte.*”

52 CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2, p. 403.

É, portanto, função do Supremo interpretar e formular – ou melhor, reformular – a Constituição, buscando uma harmonização interna e adequação das normas constitucionais com a realidade externa. Nesse contexto, cabe ao Supremo, em sua atribuição de “poder constituinte difuso”, como afirmou Burdeau, corrigir as incongruências e anacronismos do sistema constitucional, para efetivar a força normativa da Constituição.

Essa é a função precípua do Supremo Tribunal Federal, guardar, interpretar e velar pela Constituição. Destarte, ainda que a doutrina seja majoritariamente contrária à mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, como bem lembra o Ministro Eros Grau em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC – em afirmação que para alguns pode parecer ter ares ditatoriais, mas que, em verdade, apenas reafirma a atribuição que a Constituição deu ao Supremo Tribunal Federal – não é o Supremo que se curvará a ela, mas ela, a doutrina, que o seguirá, pois a ele, Supremo, cabe a palavra final, a interpretação final acerca do texto da Constituição Federal.

Tendo em vista todo panorama apresentado, em que fatores externos e, principalmente, internos à Constituição, apontam para um novo entendimento do artigo 52, X, da Constituição Federal, há de se concluir pelo acerto da tese mutacional. O sistema de controle de constitucionalidade vigente leva à crença na eficácia geral das decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Supremo, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Assim, ante todo o exposto e, *data venia* das ilustres manifestações contrárias à tese, há de se concluir pela necessidade e legitimidade da mutação pretendida. Como visto, há um anacronismo no sistema e a mutação constitucional apresenta-se como meio legítimo para a sua superação.

O julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, em que foi levantada a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, está empatado, com dois votos favoráveis e dois votos contrários à tese. A comunidade jurídica aguarda ansiosamente pelo deslinde desse julgamento, que pode pôr fim a um instituto anacrônico, mantido atavicamente no texto da Constituição vigente.

#### 4 Referências

ABREU FILHO, Saulo de Castro. A suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal e a coisa julgada material no controle concentrado da constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 7-19, abr./jun. 1994.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.

ALVIM, Jose Eduardo Carreira. Incidente de inconstitucionalidade: método de controle difuso, alterações introduzidas no CPC pela Lei n. 9.868/99. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 9-14, mar. 2000.

BARROS, Sergio Resende de. Função do Senado no controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 261-266, set. 2003. Idem: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 43, p. 577-581, 2002.

\_\_\_\_\_. *Simplificação do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=76>>. Acesso em: 16 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *O Senado e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=75>>. Acesso em: 16 out. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministerio da Justiça).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da Lei. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 154-162, abr./jun. 2005.

BUARQUE, Sidney Hartung. Incidente de inconstitucionalidade: alcance da norma contida no artigo 481, parágrafo único do CPC, acrescentado pela Lei 9.756/98. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 90-95, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZUID, Alfredo. *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, out./dez. 1993.

\_\_\_\_\_. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em: 16 out. 2010.

GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 673, p. 21-26, nov. 1991.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Föster y Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Distinção entre suspensão de vigência e eficácia de norma institucional e materialidade do direito suspenso em processo cautelar de ação direta. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 41-54, abr./jun. 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 7-11, jan./mar. 1993.

MELLO, Aymore Roque Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/sumula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade... *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 72, p. 127-154, mar. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 11-39, fev. 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. O sistema de controle de constitucionalidade das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 234-247, set. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 80, p. 104-135, dez. 2000.

PAES, Sara Maria Stroher. Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade: origem e evolução. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 118, p. 139-156, abr./jun. 1993.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentários à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.498, 08 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 19 out. 2010.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 45-64, jan. 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 185-189, out./dez. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 153-174, set./dez. 2003.



# Devido processo coletivo: um esboço sobre a identificação e o controle da substituição adequada das massas

Felipe Silva Noya<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 As ações coletivas frente ao devido processo legal. 2.1 A dupla face do devido processo legal. 2.2 Garantias correlatas. 2.2.1 A garantia à participação no processo: o significado do contraditório e da ampla defesa. 2.2.2 A neutralidade do magistrado: a extensão do conceito do juiz natural. 2.3 O devido processo legal coletivo; 3 A legitimação *ad causam*. 4. A legitimação coletiva e as teorias da representação. 4.1 A controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da legitimação para agir nas ações coletivas. 4.2 As teorias da representação coletiva. 4.2.1 Teoria da corporação de fato. 4.2.2 Teoria da hipossuficiência. 4.2.3 Teoria do consentimento. 4.2.4 Teoria do interesse. 4.2.5 Teoria institucional. 5 Por uma representação adequada: o controle judicial da legitimação nas ações coletivas. 5.1 A representatividade e a representação adequada. 5.2 O controle judicial da legitimação nas ações coletivas. 6 Conclusão. 7 Referências.

---

## 1 Introdução

A progressiva complexidade da sociedade e a intensificação das relações de massa ensejaram a positivação e até mesmo a constitucionalização

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Analista Técnico Administrativo da Defensoria Pública da União em São Paulo e Assessor da Defensora Chefe. Mestrando em Direito Público na UFBA (Teoria do Processo e Tutela dos Direitos) e pós-graduando em Direito Processual Civil.

de direitos titularizados por grupos de indivíduos às vezes identificáveis, outras não.

A consagração de tais direitos foi seguida do desenvolvimento de ações coletivas que configuram importante instrumento de defesa de três categorias de direitos: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

De fato, o tratamento individualista clássico vigente no direito processual civil demonstrava-se incapaz de tutelar de forma eficaz tais direitos, seja por que esses “novos direitos” implicam um tratamento isonômico dificilmente observado se intentadas dezenas de ações com o mesmo objeto, seja porque o sistema clássico impõe uma identidade entre a parte processual e a parte material.

Por tal motivo, mostrou-se necessária a reformulação no campo processual de institutos cuja tradicional concepção estava ligada ao individualismo, de forma que a própria noção do devido processo legal e suas garantias correlatas foram flexibilizadas, não para reduzir a participação no processo, mas antes para permitir que, mesmo indiretamente, por intermédio de um substituto, os titulares da relação material discutida possuíssem amplo poder de influência na lide.

Nessa senda, a legitimação *ad causam* coletiva surge com premente necessidade de ser estudada, principalmente ao se contrapor o processo coletivo à cláusula do devido processo legal, sendo imperativa para se aferir a própria legitimidade dos efeitos da decisão e do próprio desenrolar procedimental.

Atenta a isso, a processualística brasileira desenvolveu baremas para a construção da legitimidade da representação coletiva, tendo em vista as peculiaridades de tal tutela e suas repercussões na seara individual.

Destarte, a busca pela efetividade dos direitos coletivos *lato sensu*, insuscetíveis de proteção individual por sua própria natureza, enseja estudos acerca do devido processo legal, facilmente violado por processos coletivos, cuja má regulamentação legal leva a um *deficit* de legitimidade.

Assim, em que pesem as vantagens da tutela coletiva que, *per se*, garantem grande relevância social e prática em seu estudo, imperativa se torna a delimitação da atuação do substituto processual, sob pena de, indevidamente torneada, caracterizar, ao revés, grave violação a garantias processuais constitucionalmente deferidas.

Atento a tais fatores, iniciamos a pesquisa através da delimitação do conceito do devido processo legal e de sua adequação ao processo coletivo, através da reformulação de conceitos clássicos.

Passaremos, então, à análise da legitimação para a causa como elemento processual genérico, com o escopo de explicar a sua aceção e apontar as peculiaridades que adquire no âmbito da tutela em massa.

Finalizamos a pesquisa com o estudo acerca da possibilidade de controle judicial da legitimação coletiva.

Vale apontar, por fim, por apego à clareza conceitual, que ao nos referirmos durante o estudo à representação coletiva, não estamos desconsiderando que tal instituto, em verdade, não trata de representação tecnicamente entendida, mas sim de substituição processual. Utilizamos apenas por tal expressão ser corriqueira na doutrina.

## 2 As ações coletivas frente ao devido processo legal

### 2.1 A dupla face do devido processo legal

O devido processo legal teve origem na *Charta Magna* elaborada sob o reinado de João Sem-Terra e foi fruto da insurgência dos nobres ingleses devido à tensão sociopolítica existente na região.<sup>2</sup>

Em tal fase, o devido processo legal limitava-se a garantias formais despidas de conteúdo material e alheio ao sentido de justiça, de forma que, conforme assevera Paula Sarno Braga:

“Assegurava-se, pois, que nenhum ‘homem livre’ seria privado de seus bens jurídicos maiores – vida, propriedade, liberdade –, sem que antes tivessem sido atendidas exigências formais, quais sejam, o julgamento por seus pares (*judgement of his peers*) e o respeito à lei da terra (*law of the land*). Isso significava que os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais.”<sup>3</sup>

2 BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 156.

3 BRAGA, Paula Sarno, ob. cit., p. 160.

Essa face formal da cláusula do devido processo legal foi aceita e perdurou entre os séculos, influenciando as Cartas coloniais da América do Norte e, posteriormente, a própria Constituição dos Estados Unidos, notadamente através das 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> emendas.<sup>4</sup>

De fato, essa garantia se deu inicialmente, conforme afirma Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>5</sup>, no âmbito penal, figurando como verdadeiro requisito de validade da jurisdição nessa instância, mas acabou por se espalhar nas esferas civis e, mais recentemente, na administrativa.

Embora restrita ao âmbito formal, a cláusula do devido processo legal já era reconhecida através de garantias explícitas e implícitas no estatuto constitucional norte-americano, que tomavam como escopo a equalização da relação processual, principalmente através dos instrumentos de participação que concretizavam a ampla defesa e o contraditório. Atento a isso, Humberto Theodoro Júnior assevera que:

“Como parte das garantias fundamentais, o *due process of law* pressupõe que ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal. Na verdade, o princípio do *contraditório*, sem o que não se pode admitir o processo como democrático, não é senão um simples aspecto do direito fundamental e genérico da igualdade de todos perante a lei, que, no campo da justiça, se traduz na igualdade das partes no processo”.<sup>6</sup>

Assim, originariamente o devido processo legal não legitimava o questionamento dos atos do Poder Público, incluindo-se aqui a própria lei, de forma que os primeiros julgados norte-americanos lhe deram aplicação sob um enfoque estritamente processual-formal.<sup>7</sup>

4 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

5 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, ob. cit., p. 29.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 21, abr./jun. 1990.

7 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, ob. cit., p. 41-42.

Desse modo formulada, a cláusula do devido processo legal, em sua face formal (*procedural due process*), “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.<sup>8</sup>

Embora os Estados Unidos originariamente circunscrevessem a cláusula do devido processo legal a uma natureza meramente procesual, em 1803, no precedente *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte introduziu o que mais tarde viria dar lastro ao *substantive due process*, ou seja, a face material do devido processo legal.

Em tal julgado, a Suprema Corte afirmou que:

“[...] é enfaticamente atribuição e dever do órgão judicial dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a regra nos casos concretos devem necessariamente esclarecer e interpretar essa regra. Se duas leis entram em conflito entre si, a corte deve decidir a operabilidade de cada uma. Então, se a lei estiver em oposição à Constituição: se ambas, lei e Constituição, são aplicadas em um caso concreto, então a corte deve também decidir o caso de acordo com a lei, indiferentemente à Constituição, ou de acordo com a Constituição, sem levar em consideração a lei: a Corte deve determinar qual dessas normas conflitantes governa o caso. Essa é a verdadeira essência da função judicial. [...] Aqueles, destarte, que subvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada, na justiça, como uma lei suprema, ficam reduzidos à necessidade de manter a justiça de olhos fechados para a Constituição, e ver apenas a lei. Essa doutrina iria subverter o verdadeiro fundamento das Constituições escritas. [...] Poderia ser essa a intenção daqueles que deram este poder, por assim dizer, de forma que a Constituição não deveria ser analisada? Esse é um caso nascido sob a Constituição que deveria ser decidido sem o exame do instrumento sob o qual ele nasce? Isso é muito extravagante para ser mantido.”<sup>9</sup>

8 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

9 No original: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation

Tal precedente foi elaborado sob os anseios norte-americanos que repudiavam o Parlamento inglês, cujo poder preponderava em relação ao Judiciário e ao Executivo.

De fato, a supremacia do Poder Judiciário nos Estados Unidos foi uma resposta à exploração inglesa das colônias americanas, que possuía lastro em medidas controladoras e constrictivas dos direitos dos colonos criadas pelo Parlamento inglês<sup>10</sup>, mas a sua consequência – abertura do precedente para o controle judicial das leis – espalhou-se para outros países, dando início à chamada face material do devido processo legal (*substantive due process*).

Não obstante a ampliação da concepção do devido processo legal para abarcar o poder de revisão de atos normativos, a Suprema Corte norte-americana a manteve ligada à ideologia jusnaturalista, apoiando-se, para tanto, em direitos e princípios inerentes à comunidade, e que legitimam a atuação do Poder Judiciário.

Assim, em 1908, no julgamento do precedente *Twining v. State*, a corte máxima dos Estados Unidos, através do Justice Moody, afirmou que:

“Esta corte nunca se propôs a definir com precisão a expressão ‘devido processo legal’[...]. Foi suficiente dizer que havia certos princípios imutáveis de justiça inerentes à ideia de governo livre, dos quais nenhum membro da União poderia ignorar. As mesmas palavras foram utilizadas para a ‘Lei da Terra’ de cada Estado, da qual deriva sua autoridade originária do poder inerente e reservado ao Estado, manifestado nos limites desses princípios fundamentais de liberdade e justiça, os quais permanecem na base

---

*of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. [...] Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. [...] The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution. Could it be the intention of those who gave this power, to say that, in using it, the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises? This is too extravagant to be maintained”.* (Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em: 15 out. 2010. Nossa tradução).

10 BRAGA, Paula Sarno, *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*, cit., p. 171.

de todas as nossas instituições civis e políticas. O limite de todo o controle do qual o Estado goza nos procedimentos desta corte, tanto nos casos cíveis quanto nos penais, é objeto apenas da qualificação de que esse procedimento não deve trabalhar a fim de negar os direitos fundamentais ou conflitar com cláusulas específicas e aplicáveis da Constituição Federal.”<sup>11</sup>

No Brasil, conforme assevera Adhemar Ferreira Maciel<sup>12</sup>, a Constituição Federal de 1988 foi pioneira na utilização da referida cláusula, quando, inspirada nas Emendas ns. 5 e 14 da Constituição norte-americana, consagrou, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Notável que na segunda metade do século XX, como assevera José Joaquim Calmon de Passos<sup>13</sup>, houve a constitucionalização do processo, alargando o conceito do devido processo legal para o do devido processo constitucional, uma vez que:

“[...] compreendido o direito como algo não *dado* aos homens pela natureza, mas por eles *produzido*, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto *estabelecido constitucionalmente para sua produção*, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas consequências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia

---

11 “*This court has never attempted to define with precision the words ‘due process of law’. [...] It is sufficient to say that there are certain immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government which no member of the Union may disregard. The same words refer to that law of the land in each State, which derives its authority from the inherent and reserved powers of the State, exerted within the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions. The limit of the full control which the State has in the proceedings of its courts, both in civil and criminal cases, is subject only to the qualification that such procedure must not work a denial of fundamental rights or conflict with specific and applicable provisions of the Federal Constitution.*” Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/211/78/case.html>>. Acesso em: 15 out. 2010. Nossa tradução).

12 MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 85, p. 175, jan./mar. 1997.

13 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 351, p. 110, jul./set. 2000.

fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como *devido processo constitucional*.<sup>14</sup>

Mas o que encerraria, ainda que de modo genérico, o conceito de devido processo legal?

A Suprema Corte norte-americana, no precedente *Solesbee v. Balkcom*, em voto do Justice Frankfurter, vinculou o devido processo legal a princípios morais tão enraizados na sociedade que os tornam seu próprio fundamento.<sup>15</sup>

A jurisprudência brasileira, todavia, afastando-se de preceitos jus-naturalistas, conforme se verifica no voto do Ministro Celso de Mello, no âmbito da MC ADI n. 1.407, parte de premissas mais concretas, de forma a conceituar a cláusula do devido processo legal não apenas como restrição de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas antes como verdadeiro poder de tutelar os direitos da sociedade contra atos legislativos desprovidos de razoabilidade.<sup>16</sup>

Assim, surgiu também na doutrina os que defendem a vinculação do devido processo legal, notadamente em sua faceta material, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que:

14 PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*, cit., p. 110.

15 “*It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due Process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just.*” (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/339/9/case.html>>. Acesso em: 15 out. 2010).

16 “É preciso salientar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo artigo 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão substantiva, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside, pois, na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” (STF – ADI n. 10.603-8, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2010).

“[...] na verdade, a ideia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes – é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: i) *substancialmente adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir ao fim almejado; ii) *realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; iii) e enfim, *estritamente proporcionais*, ou seja, ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens. [...] Como se pode notar, é essencial para o estudo do princípio do devido processo legal substancial essa sua identificação com o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, vez que permite a melhor compreensão do seu significado e alcance.”<sup>17</sup>

Dessa forma, em que pese a dificuldade de se estabelecer um conceito sólido, a doutrina<sup>18</sup> o põe como verdadeira amálgama de princípios, consubstanciando verdadeira síntese de garantias fundamentais sempre aplicada em sua inteireza, embora seus corolários possam ser ponderados.

## 2.2 Garantias correlatas

A cláusula do devido processo legal, entendida em si mesma como um conglomerado de princípios, regras e garantias, figura como princípio fundamental do processo e acaba por lastrear todos os demais.

Nelson Nery Junior<sup>19</sup> chega ao extremo de afirmar que bastaria a consagração expressa da referida cláusula, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, para que se inferissem todas as normas processuais cujo escopo fosse a própria justiça. Seria, “por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.<sup>20</sup>

---

17 BRAGA, Paula Sarno, *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*, cit., p. 192.

18 Ibidem, p. 181.

19 NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 60.

20 Ibidem, p. 60.

Nesse sentido, diversas normas são extraídas do instituto analisado, de forma que a doutrina<sup>21</sup> põe como principais garantias correlatas não apenas a isonomia e o juiz natural, mas acrescem a estes o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a vedação das provas ilícitas e a motivação dos atos judiciais.

Embora as garantias acima arroladas guardem imensa relevância, a presente pesquisa ficará restrita a tratar mais minuciosamente daquelas que, *a priori*, poderiam consubstanciar certo óbice à aceitação das demandas coletivas, de forma que o foco será dado não apenas no direito à participação processual (contraditório e ampla defesa), mas também na questão da (im)parcialidade do magistrado (elemento intrínseco ao juiz natural), cuja repercussão, notadamente devido à circunscrição de seus poderes, se fazem de assaz importância para o deslinde desta pesquisa.

### 2.2.1 A garantia à participação no processo: o significado do contraditório e da ampla defesa

Conforme opina Eduardo Juan Couture<sup>22</sup>, a obrigatoriedade de ouvir a outra parte é fórmula que resume o princípio da igualdade, de forma que o contraditório seria ícone da igualdade formal.

Nesse sentido, o aludido princípio limitaria a atuação do julgador, quando apresentada petição ou formulada nova pretensão, salvo situações excepcionais, a prévia oitiva da parte contrária.<sup>23</sup>

Todavia, já com Eduardo Juan Couture<sup>24</sup>, há a advertência de que tal regra não deve ser tomada em bases aritméticas, mas antes deve ser entendida como uma “razoável igualdade de possibilidades no exercício da ação e da defesa”.<sup>25</sup>

21 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 380, p. 219-236, jul./ago. 2005.

22 COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 183.

23 *Ibidem*, p. 183.

24 *Ibidem*, p. 185.

25 No original: “razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa” (COUTURE, Eduardo Juan, *ob. cit.*, p. 185, nossa tradução).

Atento a isso, Francesco Carnelutti pugna pela atenção a ser dada não apenas na possibilidade do contraditório, mas também em sua própria efetividade, relaxando as amarras da igualdade formal e permitindo o caminho à isonomia material, de forma que:

“O contraditório implica uma relação de forças e isso nem sempre está de acordo com a justiça. Vários institutos processuais, da assistência jurídica gratuita às providências cautelares, do litisconsórcio ao Ministério Público e à intervenção assessoria, devem ser considerados à luz desse princípio.”<sup>26</sup>

Mais atualmente, Luiz Guilherme Marinoni<sup>27</sup> fixou concepção ampliada do contraditório, não o restringindo de forma incondicional aos limites traçados pela legislação, partindo, para tanto, da premissa de que a regra legal pode trazer restrições indevidas ao direito de impugnação da pretensão do autor, o que ensejaria a análise do controle de constitucionalidade da lei. Vincula-se, assim, o contraditório ao *substantive due process of law*.

Todavia, o princípio do contraditório não deve restar reduzido a esse caráter formal, também chamado de bilateralidade da audiência, mas deve se estender ao poder de influência das partes. Há a obrigatoriedade não apenas de permitir que a parte seja ouvida, mas, sobretudo, de que possa influenciar na decisão final.<sup>28</sup>

Deve-se lembrar, no entanto, que o direito fundamental ao contraditório não impõe a obrigatoriedade da presença do réu como essencial para o desenrolar legítimo do processo, “o que é indispensável é que se coloque o réu na condição de poder defender-se”<sup>29</sup>, o que encerraria o âmago da garantia.

---

26 No original: “*El contradictorio implica una relación de fuerzas y esto no siempre va de acuerdo con la justicia. Varios institutos procesales, del patrocinio gratuito a las providencias cautelares, del litisconsorcio al ministerio público y a la intervención accesoría, deben ser considerados a la luz de este principio.*” (CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. v. 1, p. 113, nossa tradução).

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 308.

28 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 44.

29 SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 300.

Já a ampla defesa, embora comumente tratada em conjunto com o contraditório, inclusive em sede legislativa, com ele não se confunde.

Assim, a amplitude da defesa deve ser extensa, permitindo-se a produção de provas, por qualquer meio, idôneas ao convencimento do magistrado, de modo que a limitação aos recursos probatórios deve ser feita de forma excepcional, seja por via legislativa ou judicial, mas sempre preservando a possibilidade de influência.

Destarte, a título exemplificativo das limitações à ampla defesa, permite-se a vedação à produção de prova pericial no bojo do rito do mandado de segurança, em nome do escopo precípua de tal procedimento especial, mas, em contrapartida, sendo ela necessária, viabiliza-se a tutela pelas vias ordinárias, o que acarreta óbice intransponível à formação de coisa julgada material sobre o objeto principal no *mandamus*, quando ele for considerado inadequado para a tutela pretendida – protege-se, assim, nada mais do que a ampla defesa.

Salutar, desse modo, que a ampla defesa é instituto mais amplo do que o contraditório, sendo este inserido naquela como um dos meios de sua concretização, uma vez que, como bem salienta Delosmar Mendonça Junior<sup>30</sup>, “o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório”.

Não obstante a essencialidade, no processo, do contraditório para a aferição do respeito à ampla defesa, outros preceitos são igualmente importantes. Nesse sentido, o próprio duplo grau de jurisdição não aceita limitações sem lastros fundamentantes legítimos, como ocorre, por exemplo, na necessidade de recolhimento de multas aos cofres públicos<sup>31</sup>, ou o próprio recolhimento ao cárcere que, conforme decidiu

30 MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

31 “Mandado de segurança – Recurso administrativo. Recolhimento da multa. Prejudicialidade com o julgamento do recurso em razão da medida liminar. Direito de ampla defesa. 1. Não se considera prejudicado o mandado de segurança em razão do julgamento do recurso administrativo por força da medida liminar se o direito pleiteado necessita de definição jurisdicional considerando a disciplina da Constituição Federal. 2. O recolhimento da multa aos cofres da unidade federada como condição de recorribilidade atinge o direito de ampla defesa do contribuinte, garantido pelo constituinte dos oitenta. 3. Recurso extraordinário desprovido.” (STF – RE n. 170145/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 15.04.2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2010. Grifo nosso).

recentemente o Supremo Tribunal Federal<sup>32</sup>, viola o devido processo legal, por configurar lesão à garantia do duplo grau de jurisdição, aqui posto como corolário da ampla defesa.

Deve ser recordado, outrossim, que tanto a ampla defesa quanto o contraditório não estão restritos a garantias de titularidade do demandado, configurando, em verdade, direito fundamental de todos os litigantes que deverão participar do processo que culminará em decisão vinculante a eles, podendo influir em seu deslinde.

Em relação ao autor, o contraditório se faz visível não só nos casos de reconvenção, pedido contraposto e resposta a recursos interpostos pela outra parte, hipóteses nos quais figurará como verdadeiro demandado (terá uma pretensão veiculada contra si), mas ainda na própria réplica, na qual terá a oportunidade de se manifestar sobre a defesa deduzida pelo réu.

### **2.2.2 A neutralidade do magistrado: a extensão do conceito do juiz natural**

Analisando a doutrina pátria<sup>33</sup>, já fixamos em outra ocasião<sup>34</sup> a amplitude do princípio do juiz natural, no direito de se ver uma pretensão analisada “por um ente imparcial, independente, preestabelecido por norma geral, cujas competências estariam bem definidas por normas processuais constitucionais ou infraconstitucionais”.

Por tal conceito, aferem-se garantias de ordem formal e material aceitas pela doutrina que dizem respeito não apenas ao *animus* existente no julgamento, mas também à própria repartição de funções jurisdicionais – competência – e processuais – atos dos sujeitos envolvidos na relação processual.

---

32 STF – HC n. 88.420, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.4.2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2010.

33 A doutrina analisada esteve circunscrita a Fredie Didier Junior (*Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, cit.), Ada Pellegrini Grinover (*O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 11-29, jan./mar. 1983) e Nelson Nery Junior (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit.).

34 NOYA, Felipe Silva. Repercussões práticas do princípio do juiz natural. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 7, p. 246, 2007.

Antônio do Passo Cabral<sup>35</sup>, ao discorrer acerca das funções processuais e da potencial parcialidade dos sujeitos que as exercem, estabeleceu a diferença entre imparcialidade – critério subjetivo – e imparcialidade – critério objetivo, ambas envolvidas no conceito do juiz natural.<sup>36</sup>

Nesse sentido, o vocábulo imparcialidade significaria a ausência de elemento anímico no agir do julgador, exigindo “uma ausência de comprometimento senão por razões estritamente decorrentes das previsões do ordenamento”<sup>37</sup>, enquanto a imparcialidade diria respeito à própria repartição funcional no processo, não estando restrita à fixação da competência.

Em verdade, o critério objetivo analisado por Antônio do Passo Cabral<sup>38</sup> está vinculado às funções procedimentais distribuídas pela lei, de forma que, como pontua o autor:

“[...] a imparcialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo.”<sup>39</sup>

Assim, percebe-se a relevância do formalismo para a adstrição do juiz natural, uma vez que é essa forma preestabelecida que irá evitar os excessos, não apenas de uma parte em relação à outra, mas, acima de tudo, prevenirá as partes de potenciais arbitrariedades do magistrado.

Também é função do formalismo o controle do equilíbrio entre as partes, concretizando-se em dois planos: no normativo, através da distribuição de poderes entre os litigantes; e no fático, mediante o desen-

35 CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 99-123.

36 Para Antônio do Passo Cabral, a imparcialidade estaria justificada no próprio Estado do Direito, embora chame a atenção para a costumeira vinculação entre imparcialidade e juiz natural (ob. cit., p. 103).

37 CABRAL, Antônio do Passo, Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal, cit., p. 101.

38 Ibidem, p. 101.

39 Ibidem, p. 106.

volvimento do procedimento em concreto.<sup>40</sup>

Não obstante o formalismo restar ligado indissociavelmente tanto à efetividade quanto à segurança do processo, seu excesso se mostra contrário ao próprio direito, de forma que seria necessária atenção às particularidades do caso concreto, a fim de adaptar a norma a ser aplicada, além do que, como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “para afastar as consequências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeçam tal desvio de perspectiva”.<sup>41</sup>

Por tal fato, o juiz natural, entendido no âmbito do devido processo legal, deve respeitar as normas preestabelecidas, mas não pode se manter prisioneiro do formalismo exacerbado, de forma que para se aferir a existência ou não de arbitrariedade, deve-se olhar o caso concreto e ponderá-lo com a atuação do magistrado.

É a partir dessa noção que se perceberá e se legitimará a atuação do julgador nos casos concretos, sem que, para tanto, deva-se necessariamente imputar parcialidade ao magistrado.

### 2.3 O devido processo legal coletivo

A partir da concepção do devido processo legal e de suas garantias correlatas, o sistema processual individualista parece impor óbice a um sistema de tutela coletiva, devido à inexistência de uma participação direta dos coletivamente substituídos.

Ademais, as peculiaridades das demandas de massa impõem uma atuação pró-ativa do magistrado, que nem sempre é vista com bons olhos pela doutrina que, por sua vez, tende a restringir, por medo de eventuais arbitrariedades, os poderes do juiz, apegando-se, para tanto, no culto ao legalismo e formalismo.

---

40 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 127.

41 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, ob. cit., p. 137.

Afastando-se dessa limitação, Mauro Cappelletti<sup>42</sup> já altercava a modificação dos moldes individualistas, acreditando que as alterações no sistema procedimental que focava exclusivamente o interesse material, principalmente para a fixação da legitimação para a representação em juízo, e a iniciativa particular, concretizavam a mais profunda “evolução do direito judiciário na época contemporânea”.<sup>43</sup>

Mesma percepção já possuía José Carlos Barbosa Moreira<sup>44</sup> quando, ao defender a ação popular, apontou a necessidade da socialização – palavra criticada pelo autor por imprimir, em certas ocasiões, sentido diverso daquele que almejava – do processo, libertando-o de amarras individualistas, de forma a tratá-lo com as peculiaridades que os “novos direitos” trouxeram ao campo processual.

Assim, não basta a elaboração de procedimentos formais adequados para a proteção de direitos metaindividuais, mas são necessárias, sobretudo, profundas alterações substanciais nos sistemas procedimentais<sup>45</sup>. Mesma lição é trazida por Mauro Cappelletti:

“Eis, portanto, porque mesmo os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de um garantismo processual de caráter meramente individualístico, um garantismo justamente – mesmo se por acaso muito incondicionalmente – criticado na refletida palestra de Vittorio Denti. Em segundo lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo que eu gostaria de definir como ‘social’ ou ‘coletivo’, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos

---

42 CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 130, jan./mar. 1977.

43 *Ibidem*, p. 132.

44 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, p. 199-200, jan./mar. 1991.

45 SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003. p. 120.

grupos e ‘corpos intermediários’ que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses. Somente deste modo, enfim, será integralmente atuado o preceito constitucional, que quer não apenas o respeito do direito de defesa e, portanto, do contraditório (art. 24, § 2º, da Constituição italiana), mas, também, uma efetiva tutela dos direitos e interesses legítimos (art. 24, § 1º, em confronto com o art. 3º) e, portanto, também dos direitos e dos interesses que a própria Constituição ou outras leis atribuem às ‘formações sociais’ nas quais o homem ‘desenvolve sua personalidade’ (art. 2º). Para resumir em poucas palavras aquilo que deveria ser um longo discurso, direito que a lição comparativa poderia traduzir-se, por esse motivo, na fórmula: *adequada representatividade*.<sup>46</sup>

Rodolfo Camargo Mancuso<sup>47</sup> giza que os direitos de ser ouvido, de ser citado e o de apresentar defesa são substituídos pelo direito de ser ouvido, citado e defendido através de um *representante*, o que impõe uma *representatividade adequada*<sup>48</sup> que, por seu turno, nos leva à análise, mais abaixo, dos poderes procedimentais do magistrado e a pretensa (im)parcialidade quando examina a legitimidade dessa representação.

Note-se que a adequada representatividade não pode estar restrita ao plano teórico, o que enseja não apenas a análise da idoneidade dos representantes, trabalho ao qual as teorias da representação coletiva se debruçam, mas antes impõe a elaboração de outros instrumentos processuais que obstaculizem a inidoneidade *in concreto* do representante.

46 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154-155.

47 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 282.

48 “Esse instituto, desconhecido do processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Embora a legislação atual não mencione expressamente a representatividade adequada, ela inquestionavelmente pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações. No Código projetado, a representatividade adequada está acoplada aos requisitos objetivos que acompanham as normas sobre legitimação e deverá ser aferida pelo juiz quando o legitimado for pessoa física e nas ações coletivas passivas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 33).

Os sistemas especiais de formação da coisa julgada trazidos nos diplomas processuais brasileiros prestam-se a esse trabalho, de forma que se em abstrato alguém, *v.g.* o Ministério Público, guarda idoneidade por força de lei para demandar a tutela de direitos coletivos, essa representação pode não se mostrar tão eficaz na prática.

Veja-se, por exemplo, os casos nos quais o *Parquet* não consiga levar ao processo provas suficientes para o convencimento do magistrado, o que acarretaria a aplicação do julgamento segundo os eventos probatórios.

Dessa forma, a coisa julgada *secundum eventum probationes* é meio eficaz para garantir, na prática, a adequada representatividade, sem a qual os indivíduos que deveriam estar albergados pelos efeitos da decisão coletiva não podem por ela serem afetados, sob pena de se violar o devido processo legal coletivo.

A concepção de devido processo legal coletivo, todavia, não deve ser limitada à representatividade adequada, embora esse âmbito seja essencial para a legitimidade do processo, mas deve tomar conotação ampla, a fim de abarcar também princípios incidentes sobre a própria postulação, principalmente a inafastabilidade da jurisdição.

Verifica-se nessa linha que o sistema de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* também ganha relevo no respeito ao devido processo legal coletivo, uma vez que as normas não podem impedir o acesso à tutela jurisdicional.

As demandas coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos são ações que visam à tutela de direitos individuais que, por terem origem comum, merecem tratamento isonômico, legitimando, assim, a proteção em massa.

Essa característica, porém, não desvirtua a natureza individual dos direitos objeto da ação coletiva, e impedir o ingresso individualizado de seus titulares seria lesão inaceitável à inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.<sup>49</sup>

---

49 Conforme aponta Antonio Gidi, a princípio, os direitos individuais homogêneos se mostram como aqueles tradicionalmente considerados no sistema do *civil law*, claramente individualizáveis e divisíveis. Em verdade, tal instituto representaria uma reformulação no tratamento procedimental, a fim de se alcançar unitarismo nas decisões, relacionando direitos individuais de múltiplos indivíduos em uma única ação (Class actions in Brazil: a model for civil law countries. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 357, 2003).

Enfim, para que seja admitido o sistema de tutela coletiva, é necessária uma gama de institutos que, ao tempo em que busquem a defesa adequada da massa, não se olvidem da tutela dos direitos subjetivos individualmente titularizados.

Em arremate, a substituição do modelo individualista por um formato coletivo do procedimento deve ser precedida de uma construção idônea que deve levar em especial consideração, embora não ponha de lado outros fatores acima citados, a legitimidade para a representação coletiva, o que perpassa a abrangência do conceito da *legitimatío ad causam* e das teorias fundamentantes da representação das massas.

### 3 A legitimação *ad causam*

Conceituada desde a origem como “a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar providência que é objeto da demanda”<sup>50</sup>, não se confunde com o direito genérico à ação, uma vez que, embora todos os sujeitos de direito possam acionar o Poder Judiciário, “ninguém está autorizado a levar ao Judiciário de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso”.<sup>51</sup>

Assim, Donaldo Armelin<sup>52</sup> afirma que:

“A legitimidade para agir, como condição de exercício regular da ação, é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide *sub judice*. Essa qualidade emerge de uma situação jurídica legitimante e dá colorido a uma situação processual oriunda, obviamente, de um processo existente, ou seja, a situação de parte nesse processo.”

50 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 127.

51 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 227-228.

52 ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 80.

A legitimação *ad causam*<sup>53</sup>, nesses termos formulada, permite a identificação de duas espécies amplamente divulgadas pela doutrina, a ordinária e a extraordinária.

A primeira configura-se com a coincidência entre parte e titular do direito aduzido, já a segunda corresponde à dissociação entre titularidade e parte, ou seja, entre parte material e parte processual. Nesse diapasão, o legitimado ordinário vai a juízo em nome próprio defender interesse próprio, enquanto que o extraordinário vai a juízo também em nome próprio, mas a fim de resguardar interesse alheio.

Luiz Fernando Belinetti<sup>54</sup> aduz que a legitimidade extraordinária é permitida de forma excepcional pela legislação naqueles casos nos quais aquele que na inicial afirma a titularidade e legitimidade materiais não possui, pelo ordenamento jurídico, poder para exercer tal afirmação em juízo, de modo que outra pessoa – esta sim titular da legitimação extraordinária – deverá ir ao Judiciário.

Tal hipótese, porém, seria apenas umas das faces assumidas pela legitimação extraordinária, denominada como autônoma<sup>55</sup> e exclusiva, em contraponto à classificada como autônoma e concorrente, que, por sua vez, conforme se depreende nas lições de José Carlos Barbosa Moreira<sup>56</sup>, “não cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica

53 Para Fredie Didier Júnior, “[...] os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: a) trata-se de uma situação jurídica regulada por lei (‘situação legitimante’; ‘esquemas abstratos’; ‘modelo ideal’, nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida – ‘toda legitimidade baseia-se em regras de direito material, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda; trata-se de uma condição transitiva, relacional’, pois, ‘acha-se ligada a uma determinada situação e afere-se em face de dadas pessoas.’” (*Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 229).

54 BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 265, out./dez. 1999.

55 José Carlos Barbosa Moreira classifica a legitimação extraordinária dividindo-a também entre autônoma – quando permite ao seu respectivo titular atuar em juízo independentemente da presença do legitimado ordinário – e subsidiária – quando a legitimação extraordinária só se mostra legítima quando o legitimado ordinário estiver atuando no processo (Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, v. 404, p. 10-11, jul. 1969).

56 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Ibidem*, p. 10.

litigiosa [...]. Tão somente concorre com ela, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos”.

Semelhanças à parte, a legitimação extraordinária não se confunde com o instituto processual da representação, uma vez que nessa hipótese o representante vai em nome do representado defender interesse deste, figurando como mero representante, e não como parte processual, posição assumida pelo legitimado extraordinário.

Tal distinção já foi delineada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, mediante o voto do Ministro Nelson Jobin, que afirmou:

“Como se viu em Chioyenda, a doutrina examina a substituição *vis a vis* à representação. O método é comparativo. Na substituição processual, a parte age, em juízo, em nome próprio, na defesa de direito de alheio. Tal não se passa com a representação. Neste, o representante defende direito do representando, em nome deste e, não em nome próprio. Na substituição processual, o substituto é titular da ação. O substituto é parte na relação processual. O substituído não é parte. Na representação, a titularidade da ação é do representado. A parte, na relação processual, é o representado e não o representante.”

Presente na doutrina, ainda, a distinção feita entre a substituição processual e a legitimação extraordinária, tomando aquela conteúdo mais restrito que esta. Para essa parte da doutrina<sup>57</sup> haveria substituição processual quando o legitimado extraordinário agisse em decorrência da omissão do legitimado ordinário, havendo, conseqüentemente, verdadeira substituição da parte.

A substituição processual, assim, configuraria espécie da legitimação extraordinária, a qual, por seu turno, ocorreria sempre que presente tanto a parte extraordinariamente quanto a ordinariamente legitimada.

Resta claro, dessa forma, que a legitimidade extraordinária está vinculada à relação existente entre substituído e substituto, em situações excepcionais, e, portanto, determinadas de forma taxativa pela lei, não

---

57 ARMELIN, Donaldo, Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, cit., p. 132-133.

estando, porém, limitada ao polo ativo, mas abrangendo também o polo passivo da demanda.<sup>58</sup>

A legitimação para a causa, como se percebe, figura como elemento imprescindível, ainda para aqueles que criticam a doutrina de Enrico Tullio Liebman, para a legitimidade de todo o processo, ganhando grande relevância nas tutelas de massa e no instituto do representante adequado.

Como bem aponta Rodrigo Klippel<sup>59</sup>, a questão da legitimação *ad causam* recuperou a sua posição de evidência na doutrina, devido ao robustecimento da tutela dos interesses metaindividuais, uma vez que tal ponto mostra-se de salutar importância para a idoneidade dos procedimentos judiciais em massa, o que ensejou construções doutrinárias para conformá-la às demandas coletivas.

#### 4 A legitimação coletiva e as teorias da representação

Os dogmas das ciências jurídicas processuais que defendiam um sistema individualista dos procedimentos civis encerravam clara incompatibilidade com o sistema das demandas coletivas.

Atento a isso, Antonio Gidi<sup>60</sup> apontou a necessidade de se abandonar as concepções tradicionais, que exigiam um interesse pessoal e direto no resultado do litígio.

Uma dessas modificações demandada pela aceitação das ações coletivas é a referente à titularidade da qualidade de representante coletivo,

58 As principais características da legitimação extraordinária são arroladas por Fredie Didier Junior: a) somente autorizada por lei, b) o legitimado atua como parte, c) pode ocorrer tanto no polo passivo quanto no polo ativo, d) salvo disposição em contrário, a coisa julgada estenderá seus efeitos ao substituído, e) o substituto processual também pode ser sujeito a sanções processuais, f) o legitimado extraordinário possui apenas poderes de gestão do processo, sendo-lhe vedado poderes de disposição do direito, e, g) a inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa, mesmo para aqueles que consideram condições da ação como real exame de mérito (*Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, cit., p. 192-194).

59 KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005. p. 57.

60 GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 69.

de forma que foram propostas soluções cujos exemplos são assim arrolados por Antonio Gidi:

“[...] propõe-se, por exemplo, a legitimação concorrente e disjuntiva de qualquer membro da comunidade ou coletividade lesada; a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações, entes despersonalizados) voltadas institucionalmente à defesa de tais interesses; a legitimação de órgãos do Poder Público (como o Ministério Público ou como o *ombudsman* dos países escandinavos) etc.”<sup>61</sup>

Essas soluções, porém, como bem salienta José Carlos Barbosa Moreira<sup>62</sup>, não são excludentes, *a priori*, entre si, mas antes admitem combinações que possam suprir eventuais defeitos existentes na adoção de uma das hipóteses de forma “pura”. Mesma combinação é defendida por Antonio Gidi, que assevera:

“[...] limitar a seleção da representação do grupo a apenas uma das três alternativas pode ser mais prejudicial do que benéfica à integridade do sistema, aos membros ausentes e aos demandados. Uma combinação das três opções, capacitando indivíduos, assim como as entidades públicas e privadas, para terem legitimação coletiva, ressalta tanto os aspectos positivos de cada enfoque quanto mitiga os problemas e riscos inerentes dos outros. As leis brasileiras sobre ações coletivas têm adotado um modelo pluralista, dando legitimação a uma ampla e diversa lista de entidades. Todavia, não há um modelo ideal. Outras jurisdições, ao decidir sobre a legitimação nas ações coletivas, devem considerar as peculiaridades e necessidades de sua sociedade.”<sup>63</sup>

---

61 GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 53, abr./jun. 1995.

62 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 199.

63 No original: “*Limitar la selección de la representación del grupo a solo una de las tres alternativas puede ser más perjudicial que benéfico a la integridad del sistema, a los miembros ausentes y a los demandados. Una combinación de las tres opciones, capacitando individuos, así como a entidades públicas y privadas para tener legitimación colectiva, promueve los aspectos positivos de cada enfoque en tanto que mitiga los problemas inherentes y riesgos de los otros. Las leyes brasileñas sobre acciones colectivas han adoptado un modelo pluralista, dando legitimación a una amplia y diversa lista de entidades. Sin embargos, no hay un modelo ideal. Otras jurisdicciones, al decir sobre la legitimación en las acciones colectivas, deben considerar las peculiaridades y necesidades de su*

A construção apontada adota uma legitimação concorrente, uma vez que aquela atribuída a um dos entes não exclui a do outro; exclusiva, aqui entendida como sinônimo de taxativa, e disjuntiva, “no sentido de não ser complexa, vez que qualquer uma das entidades colegitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais colegitimados”.<sup>64</sup>

Os problemas de tais características não passaram despercebidos por José Carlos Barbosa Moreira<sup>65</sup> que, ao analisar o instituto da ação popular, aponta como risco não apenas a possibilidade de colusão entre um dos colegitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular, mas também a eventual hipótese de desistência da ação ou sua extinção por negligência do representante coletivo.

Não obstante tais possibilidades, a própria legislação cuidou de dar integridade ao sistema, elaborando meios de intervenção não apenas do Ministério Público, notadamente como *custos legis*, mas sobretudo dos demais colegitimados.<sup>66</sup>

Dessa forma, é o próprio José Carlos Barbosa Moreira<sup>67</sup> que afirma a compatibilidade da solução de legitimação concorrente e disjuntiva com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

“Seja como for, em termos genéricos, não parece difícil demonstrar que a solução da *legitimatío* concorrente e ‘disjuntiva’ se harmoniza com a sistemática do direito brasileiro. Não constitui fenômeno pouco familiar a esta, com efeito, reclamar uma pessoa em juízo a satisfação de interesse que seja, ao mesmo tempo, ‘próprio’ e ‘alheio’. Tratando das obrigações indivisíveis, estatui o Código Civil, art. 892, 1ª parte, que ‘se a pluralidade for de credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira’. Como

---

*sociedad.*” (GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, cit., p. 71-72, nossa tradução).

64 GIDI, Antonio, Legitimidade para agir em ações coletivas, cit., p. 55.

65 MOREIRA, José Carlos Barbosa, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 118.

66 Ibidem, p. 118.

67 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. In: *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 201.

a indivisibilidade é, precisamente, uma das características essenciais da estrutura dos ‘interesses difusos’ [...], basta, para resolver o problema, operação hermenêutica simples que desprenda da acepção rigorosamente técnica as palavras ‘credores’ e ‘dívida’.”<sup>68</sup>

Ademais, importa também o estudo acerca da natureza jurídica dessa legitimação, cujos contornos são amplamente debatidos pela doutrina.

#### **4.1 A controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da legitimação para agir nas ações coletivas**

A doutrina focada na legitimação para agir nas ações coletivas restringiu-se à elaboração de três correntes relativas à sua natureza jurídica.

Assim, o primeiro eixo doutrinário, prevalecente na doutrina atual, conforme aponta Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>69</sup>, trata tal legitimação como extraordinária, entendendo que o representante coletivo, ainda nas ações que veiculem direitos individuais homogêneos, vai a juízo em nome próprio para a tutela de direitos e interesses alheios.

Por seu próprio conceito se infere a sua excepcionalidade, principalmente quando em contraposição ao mandamento do artigo 6º do Código de Processo Civil, de forma que sua possibilidade no Brasil decorre exclusivamente de permissão legal.

Todavia, como assevera Antonio Gidi<sup>70</sup>, o dispositivo citado foi uma importação do artigo 81 do Código de Processo Civil italiano, que dispõe que “fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio direito alheio”.

Percebe-se, portanto, em que pese a semelhança dos dispositivos, que o Código de Processo Civil brasileiro suprimiu o vocábulo “expressamente”, fato esse que ensejou relevante modificação na concepção da norma.

---

68 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Legitimação para agir*, cit., p. 201. Embora o autor se refira ao Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 traz disposição semelhante, ao tratar da solidariedade ativa, apontando, em seu artigo 267, que “cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro”.

69 MANCUSO, Rodolfo Camargo de, *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, cit., p. 409.

70 GIDI, Antonio, *Legitimidade para agir em ações coletivas*, cit., p. 56.

Atento a isso, Arruda Alvim<sup>71</sup> defende a possibilidade de se inferir do próprio ordenamento jurídico, entendido como um todo, a autorização, que não necessita estar expressa em legislação processual. Tal doutrina foi seguida por José Carlos Barbosa Moreira, que aponta:

“O direito brasileiro, à semelhança do italiano, consagra o princípio da *coincidência* entre a legitimação para a causa e a afirmada titularidade da relação jurídica material discutida no processo. Tal é a *regra* que enuncia o artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, em termos correspondentes à tradução quase literal do artigo 81 do *Codice di Procedura Civile* peninsular: ‘Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam *expressas*, podendo no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal (cf. ARRUDA ALVIM, *Código de processo civil comentado*. São Paulo, 1975. v. 1, p. 426).”<sup>72</sup>

Aliás, o mesmo ensinamento se extrai quando José Carlos Barbosa Moreira<sup>73</sup> se refere à legitimação das entidades associativas descrita pela Constituição Federal, que podem ser expressas ou previstas de maneira genérica numa disposição legal.

Kazuo Watanabe<sup>74</sup>, expoente do segundo posicionamento doutrinário, defende a natureza ordinária da legitimação *ad causam* coletiva, através de uma operação hermenêutica aberta do artigo 6º do Código de Processo Civil.

71 Arruda Alvim, apud MOREIRA, José Carlos Barbosa, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 111.

72 MOREIRA, José Carlos Barbosa, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., nota n. 1, p. 111. No mesmo sentido: “O dispositivo transcrito corresponde à tradução que literal do art. 81 do Codice di Procedura Civile italiano. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam expressas, podendo no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal (cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo, 1975. v. 1, p. 426).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, Legitimação para agir, cit., nota n. 7, p. 33).

73 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Ações coletivas na constituição federal de 1988, cit., p. 190.

74 WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 90.

Subsídio a esse eixo doutrinário é dado, *de lege lata*, por José Carlos Barbosa Moreira<sup>75</sup>, que afirma:

“[...] será talvez possível contornar o óbice do artigo 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que, em determinados casos, o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal. Desse interesse pode uma associação fazer-se titular, *ela mesma*, não como simples representante dos respectivos membros, nem como intérprete, em nome próprio, das pretensões paralelas de cada um deles. A associação se legitimaria, pois, em caráter *ordinário*, de acordo com os princípios comuns, quando se mobilizasse para postular em juízo a proteção daquele interesse geral.”

A terceira parte da doutrina, representada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>76</sup>, defende uma legitimação autônoma para a condução do processo, entendendo, para tanto, que nas ações coletivas há a tutela de direitos cuja titularidade é indefinida, o que não ocorre nos casos de legitimação extraordinária, em que se vai a juízo em defesa de direitos ou interesses de outro previamente identificado.

Para esses autores, apenas nas ações que tenham como objeto direitos individuais homogêneos, devido às suas peculiaridades, há legitimação extraordinária.

Não parece adequada a criação de um gênero especial para a classificação da natureza jurídica da legitimação coletiva, uma vez que, conforme lembra Fredie Didier Junior:<sup>77</sup>

“Toda vez que exista uma incoincidência entre o legitimado a estar no processo e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre na tutela coletiva, com a particularidade de o ‘titular do direito’ (o agrupamento humano) não

75 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Legitimação para agir, cit., p. 35.

76 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.885.

77 DIDIER JUNIOR, Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 264.

estar autorizado a atuar em juízo na sua defesa. Não é necessário, assim, construir uma terceira espécie de legitimação, própria das ações coletivas [...]. Se não há identidade entre quem está no processo e o titular da situação jurídica discutida, há legitimação extraordinária. A situação, porém, não é exatamente igual à generalidade dos casos de legitimação extraordinária, porque o regime da coisa julgada coletiva é bastante diferente, construído de modo a prejudicar o mínimo possível o ‘titular do direito’ (art. 103 do CDC). O que é diferente, porém não é a legitimação coletiva, mas o processo coletivo.”

Ademais, a ausência de definição dos titulares do direito discutido não é elemento a ser levado em conta na hora de se definir a natureza jurídica do instituto, principalmente quando se percebe que aquele direito será atribuído a uma coletividade que será, na qualidade de coletividade, titular do direito, ainda que os indivíduos que formem essa massa não possam ser identificados.

Também a legitimação ordinária parece descabida para integrar a natureza jurídica da legitimação coletiva, eis que não há identidade entre parte processual e parte material, ainda em sede de ações que veiculem direitos individuais homogêneos, figurando inidônea a interpretação do artigo 6º do Código de Processo Civil defendida pelo segundo eixo doutrinário.

O Supremo Tribunal Federal vem seguindo a corrente que atribui ao instituto ora em comento uma natureza extraordinária, conforme se infere da ementa seguinte, *in verbis*:

“Processo Civil – Sindicato. Artigo 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. O artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (STF – RE n. 210. 029-3/RS, p. 17.08.2007).

Fixada a natureza jurídica da legitimação coletiva, resta analisar as teorias que dão legitimidade a essa representação.

## 4.2 As teorias da representação coletiva

A reformulação no devido processo legal e a busca pelo representante adequado para a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos não se restringiu à elaboração de um modelo representativo, mas antes incluiu a análise da legitimidade dessa representação.<sup>78</sup>

A busca pela legitimidade deu origem a diversas teorias que, embora tragam premissas diferentes, podem e devem ser conjugadas, como fez o Brasil, para formar um sistema processual de representação coletiva adequada.

É o que se passa a analisar.

### 4.2.1 Teoria da corporação de fato

A idade moderna desenvolveu a ideia de personalidade jurídica como a aptidão para desempenhar um papel na sociedade como sujeito de direitos e obrigações.<sup>79</sup>

Dessa forma, de acordo com lição de Orlando Gomes<sup>80</sup>, essa aptidão para agir juridicamente foi conferida não apenas à pessoa física, mas também à pessoa jurídica, de forma que, como aponta Marcio Flávio Mafra Leal, “o surgimento da *corporation* moderna e das teorias que lhe respaldam, sugere que todas as espécies de grupo que almejam o reconhecimento de um direito deveriam assumir (ou tentar assumir) a forma de pessoa jurídica”.<sup>81</sup>

Tal construção, portanto, exigia a formação de uma corporação com os fins de representação judicial da classe integrante da associação, ainda que a essa formação não fosse concedida verdadeira personalidade

---

78 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 53.

79 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 142.

80 Ibidem, p. 142.

81 LEAL, Márcio Flávio Mafra, ob. cit., p. 54.

jurídica. Exigia-se, assim, apenas o agrupamento corporativista que resultava no reconhecimento institucional da classe representada, além de significar seu consentimento para a representação coletiva judicial.

Esse agrupamento despersonalizado não visa ao reconhecimento da personalidade jurídica, tendo como único objetivo a própria legitimação para agir, consoante ensinamento de Márcio Flávio Mafra Leal<sup>82</sup>, uma vez que “seus membros não possuem, em tese, qualquer interesse em comum para além do fato de compartilharem um mesmo direito enquanto coletividade política social. Frequentemente, muitos desses componentes do grupo nem mesmo se conhecem, tornando-se uma *classe* por força do direito material que lhe é atribuído”.

Esse escopo encontra respaldo legal no artigo 12 do Código de Processo Civil, que permite a representação judicial das pessoas jurídicas despersonalizadas pelo seu administrador, legitimação essa defendida por Rodolfo Camargo Mancuso, que afirma:

“Em que pesem valiosas opiniões que alertam para a inconveniência ou já para a impossibilidade jurídica de outorga de legitimação a grupos sociais não personificados, que se propõem à tutela de interesses difusos, já tivemos ocasião de lembrar ‘que a exigência da personificação jurídica do grupo, se é adequada às ações individuais (onde ‘justa parte’ é o *titular da pretensão*), deve ser vista com certos temperamentos quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses superindividuais, pela natureza mesma desses interesses. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para serem aceitas na Justiça como tal, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinarem em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado’.”<sup>83</sup>

De importante relevo é a lembrança de que também o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública não põem como requisito para a representação coletiva a personalidade jurídica, exigindo

82 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 56-57.

83 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

apenas a constituição da associação<sup>84</sup>, nos termos da lei civil, por mais de um ano, além de sua finalidade social incluir essa faculdade.<sup>85</sup>

Não obstante o quanto apontado, o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende da ementa do acórdão exarado no Recurso Especial n. 711.264, parece exigir a personalidade jurídica para que se dê legitimação *ad causam*, ao menos para os sindicatos, sem o que não haveria de se falar em representatividade.

Problemas maiores encontram os grupos efêmeros e ocasionais<sup>86</sup>, pois há certa resistência ao reconhecimento da adequabilidade de seus representantes, embora, no Brasil, o requisito de prévia constituição possa ser dispensado no caso concreto<sup>87</sup>, como se infere da própria legislação infraconstitucional.<sup>88</sup>

---

84 O artigo 45 do Código Civil dispõe que a existência legal da pessoa jurídica se inicia com o registro do ato constitutivo no respectivo registro, o que parece, à primeira vista, impor a personalidade jurídica para que se defira ao ente a legitimação para a ação coletiva. Todavia, é de se admitir que a constituição das pessoas jurídicas de direito privado não necessitam dessa inscrição, conforme se infere das disposições que regem as chamadas sociedades em comum, artigos 986 a 990, pelos quais se pode dizer que o próprio diploma legal considera como constituída a sociedade em momento anterior ao respectivo registro.

85 Doutrina contrária é encontrada em José Carlos Barbosa Moreira: “[...] da solução *b* (legitimação de pessoas jurídicas ou entes não personificados) há pouco que dizer, *de iure condito*, no direito brasileiro” (Legitimação para agir, cit., p. 202). Fiel ao princípio tradicional da obrigatoria coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material convertida e os sujeitos do processo ordenado à respectiva definição, ele vê com naturalidade o ingresso em juízo de pessoas jurídicas e até de certos entes não dotados de personalidade, sempre que se trate de direitos ou obrigações de que *eles* mesmos sejam titulares. Mostra, porém, escassa inclinação a abrir-lhes tal possibilidade na defesa dos interesses dos respectivos participantes. Os poucos exemplos que se poderiam apontar referem-se, em todo caso, a interesses que não merecem a qualificação de “difusos”.

86 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 57.

87 Nesse sentido: “Ação Coletiva – Associação de moradores. Requisito temporal. Dispensa. Possibilidade. Direitos individuais homogêneos. Indenização. Danos morais e materiais. Interesse de agir. Existência. 1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido. 2 - O parágrafo 3º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no artigo 13 c/c o artigo 16 da Lei n. 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar. 3 - Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp n. 706.449/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado em 09.06.2008, grifo nosso).

88 Lei de Ação Civil Pública: “Artigo 5º - [...] § 4º - O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica

#### 4.2.2 Teoria da hipossuficiência

Para esta teoria, o vocábulo hipossuficiência se afasta do conceito de incapacidade, aproximando-se da noção de vulnerabilidade.

Essa vulnerabilidade, por sua vez, como aponta Márcio Flávio Mafra Leal<sup>89</sup>, relaciona-se à inidoneidade dos representados para litigarem em busca de um determinado direito material, de forma que a busca pelo representante adequado serviria para a veiculação desses direitos de forma coletiva: “A defesa individual, por constatação empírico-social, presumivelmente, não seria levada a efeito em níveis aceitáveis.”<sup>90</sup>

Na ação cujo objeto veicule direitos individuais homogêneos, a representação se justificaria quando constatada, ainda que de forma presumida, a superioridade econômica ou jurídica do representante, em razão dos representados, ou nos casos em que o valor a ser ressarcido, quando o dano individualmente considerado fosse mínimo, não instigasse o particular a ingressar em juízo.<sup>91</sup>

A questão do dano mínimo já havia sido apontada por José Carlos Barbosa Moreira como fundamento para o tratamento procedimental de direitos acidentalmente coletivos, tendo a teoria da hipossuficiência, intimamente associada à vulnerabilidade, sido consagrada como fundamento para a tutela dos consumidores, conforme se infere do próprio Código de Defesa do Consumidor, *ex vi* o seu artigo 4º.

Os problemas dessa teoria não são esquecidos pela doutrina, que aponta:

“A teoria da hipossuficiência apresenta vários problemas. O primeiro deles refere-se à impertinência de seus fundamentos para sustentar o esquema representativo das ACDDs [ações coletivas de direitos

---

do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei n. 8.078, de 11.09.1990)”;

Código de Defesa do Consumidor: “Artigo 82 - [...] § 1º - O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos artigos 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

89 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 57.

90 *Ibidem*, p. 58.

91 *Ibidem*, p. 58.

difusos], pois, como visto, a questão não é da vulnerabilidade do membro da comunidade, mas de legitimação para a ação.<sup>92</sup>

O segundo problema diz respeito à identificação dos argumentos da teoria da hipossuficiência com aqueles produzidos pela doutrina do acesso à justiça que fundamenta as ações coletivas no plano político e sociológico, mas não apresenta uma *ratio* jurídica que autorize a supressão do direito de propor e de não propor ação para a proteção de seu direito, sendo este indivíduo capaz e o direito indisponível.

[...]

Portanto, a teoria da hipossuficiência é capaz de demonstrar uma debilidade social e/ou jurídica dos membros de uma classe (*v.g.* consumidores). Porém, este fato, por si só, não pode ser aceito como razão bastante para retirar a autonomia desses indivíduos em dispor de seus bens e em proporem ações quando lhes aprouver.<sup>93</sup>

Malgrado essas críticas, o sistema brasileiro de ações coletivas, notadamente no âmbito consumeirista, estabeleceu diversos institutos processuais que compatibilizam a teoria legitimante adotada com o devido processual legal coletivo, o que, por seu turno, como já apontado, torna imperativa a garantia do acesso à justiça pela via individual, se esse for o desejo do particular.

Ademais, a legitimação dada pelo Código de Defesa do Consumidor para a promoção de ações coletivas para a tutela de direitos dos consumidores visa a suprir a sua vulnerabilidade, de modo que garantir a um indivíduo-consumidor a legitimação necessária ao ajuizamento das demandas de massa seria um contra-senso.

#### 4.2.3 Teoria do consentimento

A teoria do consentimento utiliza como elemento legitimante da representação coletiva o consentimento dos titulares do direito

---

92 A crítica aqui esboçada por Márcio Flávio Mafra Leal parte do pressuposto de que a teoria da hipossuficiência não é providencial para as ações coletivas de direitos difusos, porquanto nesses casos não há a aferição da vulnerabilidade dos representados, principalmente por eles serem, em verdade, uma massa não identificada, restando o âmbito de discussão naquele que deve representar adequadamente a comunidade (*Ações coletivas: história, teoria e prática, cit.*).

93 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *ob. cit.*, p. 59.

discutido, de modo que se exige a consulta direta àqueles que serão vinculados pela sentença.<sup>94</sup>

Tal construção ganha relevo na ação coletiva cujo objeto esteja restrito a direito individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, desde que, no último caso, os integrantes da classe sejam previamente identificados. É que nas demandas que versem sobre direitos difusos a indeterminabilidade de titulares do direito discutido inviabiliza o elemento legitimante central dessa construção, qual seja, o consentimento.<sup>95</sup>

Na jurisprudência dos tribunais pátrios foi fixada orientação no sentido de que o consentimento, ou a autorização, dos substituídos não é elemento necessário para legitimar a atuação dos entes autorizados à tutela dos direitos coletivos.

O Supremo Tribunal Federal, *v.g.*, fixou entendimento de que a expressa autorização dos representados pelo sindicato é elemento dispensável para a propositura da demanda coletiva, considerando, para tanto, que tal legitimação é ampla e caracteriza verdadeira hipótese de substituição processual. O julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029, cuja ementa foi acima transcrita, levou à edição da Súmula n. 629, que determina que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Mesma jurisprudência foi delineada pelo Superior Tribunal de Justiça, que afasta a necessidade de prévia autorização, por entender que ela só é exigida nos casos em que o sindicato pleiteie direito do sindicalizado na condição de representante, tratando-se, assim, de verdadeira ação individual. Nesse sentido:

“Processo Civil – Ação civil pública. Legitimidade ativa. Sindicato. 1. Nas ações civis públicas pode o sindicato funcionar como substituto processual ou como representante de seus sindicalizados.

94 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 63.

95 “Trata-se de outra teoria pertinente às ACDIs [ações coletivas de direitos individuais]. Como diz o próprio nome, a teoria requer o *consentimento* dos representados. A exigência do consentimento do membro da classe em ter seu direito individual representado por um terceiro adquiriu força no século XVIII e seguintes, diante dos efeitos do individualismo liberal e teve uma influência decisiva sobre alguns aspectos da moderna ACDI.” (LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 60).

2. Como substituto processual não precisa de autorização, mas o interesse defendido deve ser não só do sindicalizado, mas também da própria entidade, se conectado for o interesse dela com o daquele. 3. Na hipótese de representação, há necessidade de autorização do sindicalizado, porque o interesse defendido é unicamente seu, sem conexão alguma com o interesse da entidade. 4. A autorização, seguindo posição jurisprudencial majoritária, pode ser considerada como formalizada pela juntada da ata de reunião do sindicato, onde constem os nomes dos presentes. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – REsp n. 228.507/RR, 2ª Turma, rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, DJ, de 05.05.2004).

Analisando a Constituição Federal, parece que a legitimação, tanto das entidades associativas quanto dos entes sindicais, não está limitada à autorização dos substituídos.

É fato que o inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal<sup>96</sup> exige a autorização expressa, mas esse mesmo dispositivo faz referência à representação, instituto processual incompatível com as demandas coletivas, nas quais há verdadeira substituição processual e, portanto, legitimação extraordinária.<sup>97</sup>

Aliás, as demais disposições constitucionais que versam sobre ações coletivas, *v.g.* mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e ações ajuí-

96 “XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

97 “Administrativo e Processual Civil – Inépcia da petição inicial não reconhecida. Entidade associativa. Legitimidade para a propositura de ação coletiva. Hipótese de representação processual. Exigência de autorização expressa dos associados. Artigo 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988. Inexistência de autorização para parte do pedido. Extinção parcial do processo sem julgamento do mérito. Função comissionada. Princípio da isonomia. Artigo 39, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Lei n. 8.852/94. Parcela não integrante dos vencimentos. Impossibilidade de equiparação. 1. Não há que se falar em inépcia da inicial se a referida peça, embora não prime pela qualidade técnica, atende aos requisitos processuais, propiciando a compreensão do pedido e o julgamento da lide. 2. *O ajuizamento de ação ordinária por associação de classe para a defesa de interesses individuais de seus associados não configura hipótese de substituição processual, sendo de se aplicar, à espécie, unicamente, o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que regula a representação processual e exige autorização individual dos associados ou autorização genericamente concedida através de assembleia geral para a propositura do feito, a qual deve abranger todo o objeto da pretensão.* Não havendo autorização para propositura de ação versando sobre parte do pedido, extingue-se parcialmente o feito, de ofício, por ausência de legitimidade ativa.” (TRF 1ª Região – AC n. 2000.01.00.012917-3/RR, e-DJF1, de 15.04.2008, p. 18, grifo nosso).

zadas por sindicato (art. 8º, III) não determinam como item legitimante o consentimento, de forma que exigi-lo apenas das entidades associativas, com fulcro no inciso XXI do artigo 5º da Carta Magna, seria conurbar o tratamento da legitimação para as ações coletivas.

Note-se ainda que infraconstitucionalmente a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não trazem a exigência acima esboçada, tendo o último diploma a dispensado expressamente, como se infere do inciso IV de seu artigo 82.

Perfilhando o mesmo caminho, o artigo 21 da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) dispensa expressamente a autorização especial para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, tanto em relação aos sindicatos, quanto em relação aos entes associativos.

Também em sede jurisprudencial, a autorização dos substituídos não é elemento necessário, conforme se depreende de decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual restou consignada a igualdade de requisitos para a substituição processual do sindicato e das associações, *in verbis*:

“Processual Civil – Ação coletiva promovida por entidade de classe na qualidade de substituto processual. Direito individual homogêneo. Autorização. Desnecessidade. Execução individual. Possibilidade. Precedente da Corte Especial. 1. Os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações visando à defesa dos direitos de seus filiados, independentemente de autorização. 2. Desse modo, ainda que não tenha autorizado, expressamente, o sindicato de sua categoria para lhe representar na ação de conhecimento, o servidor tem legitimidade para propor execução individual oriunda de ações coletivas. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgR n. 1.024.997/SC).

Dessa forma, percebe-se que a teoria do consentimento, notadamente por inviabilizar em determinados casos a efetiva tutela coletiva, não logrou guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.2.4 Teoria do interesse**

Visando à superação da necessidade do consentimento, foi desenvolvida na Inglaterra, em meados do século XIX, a teoria do interesse, que

trouxe um elemento legitimador diferenciado: “Esse elemento teórico seria a *identificação* do interesse do grupo com o interesse do autor, de forma que seja ‘inconcebível’ que o representado não aprove a representação de seu direito deduzido em juízo. Este é o cerne da teoria dos interesses.”<sup>98</sup>

Márcio Flávio Mafra Leal<sup>99</sup> aponta alguns elementos teóricos que serviriam de lastro para essa teoria, dentre os quais o interesse não restrito à própria propriedade do representante, mas antes estendido à própria questão discutida na ação coletiva, que ganha relevo.

Também o interesse deve estar vinculado à própria definição do grupo, de modo que “o interesse não só produz o liame entre representante-representado, como determina a própria existência do grupo ou classe, agregado em torno desse elemento comum, que se torna concreto por meio do pedido formulado em juízo”.<sup>100</sup>

No sistema processual brasileiro, o liame entre os interesses do representante coletivo e dos representados é consagrado na exigência de que o ente associativo possua como finalidade institucional a promoção dos direitos tutelados na demanda de massa e é tão privilegiado pela jurisprudência que o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental n. 786.463, entendeu que o benefício auferido pela ação coletiva se estende a todos os titulares dos direitos, não se restringindo, portanto, aos seus associados.

Também o Supremo Tribunal Federal, sob o manto da pertinência temática, vem exigindo a harmonia dos interesses entre representante coletivo e representado.

A pertinência temática, entendida como a repercussão da decisão no interesse do próprio demandante, foi consignada expressamente pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, ao examinar a constitucionalidade de ato normativo atacado pelo governador de Minas Gerais.

Dessa forma, nessa ação direta de inconstitucionalidade – ação classicamente coletiva –, foi declarado:

---

98 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 63.

99 Ibidem, p. 67-68.

100 Ibidem, p. 68.

“Entrementes surge, no caso, outro dado a ser analisado pelo Plenário e que, sob a minha óptica, leva ao não conhecimento da ação. Está-se diante da impugnação pelo Estado de Minas Gerais de diploma que envolve as demais unidades federadas. Tem-se assentado que, assim sendo, indispensável é a demonstração da necessidade e da utilidade do pedido formulado, presentes os interesses do Estado requerente. [...] O convênio mostrou-se neutro em relação ao Estado de Minas Gerais, motivo pelo qual não se pode assentar, no campo do interesse, o atendimento ao pressuposto que legitima um Estado a atacar, no âmbito do controle concentrado, diploma emanado ou de Estado diverso, ou da União.” (STF – ADI n. 2747-6).

No âmbito associativo, a pertinência temática está vinculada ao interesse dos representados cujo ente com legitimação coletiva visa a defender, escopo esse consagrado como finalidade institucional.<sup>101</sup>

O próprio Ministério Público, embora sua legitimação esteja mais intimamente vinculada à teoria abaixo esboçada, não escapa da exigência de harmonia entre seus interesses e dos substituídos. Todavia, o interesse, para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, do órgão ministerial é amplamente consagrado na Constituição Federal, *ex vi* o artigo 129, de forma que sua legitimação, por esse elemento, mostra-se prescindível de análise.

Também a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), em seu artigo 21, consagra a teoria do interesse, ao exigir que os partidos políticos, para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, atuem na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, além de pôr como necessário que o objeto da ação apresentada pelo sindicato ou ente associativo seja pertinente às suas finalidades.

Pelo exposto, nota-se a ampla consagração do interesse como fator legitimante para as ações coletivas no Brasil.

#### 4.2.5 Teoria institucional

A representação nas ações coletivas que veiculem direito difusos não se mostra em harmonia com as teorias do interesse e do consentimento,

---

101 Nesse sentido, verificar: STF – ADI n. 15-2, rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 31.08.2007.

porquanto, tendo como parte tutelada uma coletividade indefinível, os elementos legitimadores de cada uma das teorias se mostram de aferição impossível.

A consagração do Estado Social e a própria positivação daquela classe de direitos levou à elaboração da teoria institucional ou objetivista, uma vez que, como explana Márcio Flávio Mafra Leal:

“Nesse caso, a legitimação não decorre propriamente da *representação* da *classe*, mas de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado-providência, que atribui às entidades legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos. Portanto, o título de legitimação para as ações coletivas encontra fundamento no direito material instituído no chamado Estado Social.”<sup>102</sup>

A teoria institucional, portanto, foca a idoneidade da legitimação para agir não no critério de representatividade da classe, mas sim na necessidade de um ente que implemente os direitos difusos cuja titularidade é esparsa na comunidade.

A ausência de representatividade aqui, no entanto, não afasta a necessária análise de uma representação adequada, significando, em verdade, que embora o ente público não seja identificado como membro do grupo, ou não possua certa pertinência temática com a comunidade representada, deve-se mostrar, através de suas características, como idôneo para demandar a tutela judicial em massa.<sup>103</sup>

A imperatividade da concretização dos direitos difusos levou à afirmação da legitimação dos entes públicos para a tutela dos referidos direitos, embora, como já visto, em determinados casos haja a sua vinculação também à questão da harmonia de interesses – casos em que o Supremo Tribunal Federal exige a pertinência temática para o questionamento da constitucionalidade de lei pelos entes federado.

---

102 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 70.

103 Como assevera Márcio Flávio Mafra Leal, não se deve “confundir, nesse particular, *representação adequada*, sempre importante, com *representatividade*. A primeira diz respeito às qualidades do autor e a segunda se refere ao *mandato* (consentimento) ou identidade e vinculação do autor com os interesses reais da classe representada” (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 77-78).

Essa solução, no entanto, como demonstrado por José Carlos Barbosa Moreira<sup>104</sup>, pode, na prática, mostrar sérios inconvenientes, quando o dano a ser reparado pela demanda coletiva for causado pelo próprio Poder Público. Como aponta o autor, nem mesmo o Ministério Público se mostra integralmente idôneo para o desenvolvimento dessa tutela, uma vez que as garantias de independência do órgão apontado não são asseguradas de forma rigorosa, como se pode notar pelo próprio procedimento de escolha dos procuradores gerais.

Essa restrição à independência funcional, todavia, não impediu que o órgão ministerial se especializasse na defesa de todos os direitos coletivos amplamente considerados, não se limitando aos difusos, de forma que a atuação do ente no processo coletivo mostra-se numerosa<sup>105</sup>, não parecendo procedente a crítica também formulada por Mauro Cappelletti<sup>106</sup> acerca da atuação do Ministério Público.

Nesse particular, não vingou a tese ventilada pelos supracitados autores, referente à suposta passividade do órgão na tutela dos direitos coletivos, e não procede a crítica relativa à única especialização do *Parquet* no campo do direito, porquanto o órgão possui servidores graduados nas mais diversas áreas do conhecimento, aos quais o promotor sempre poderá recorrer para se “armar” para o processo.

De qualquer sorte, a problemática parece ser resolvida pela amálgama realizada pela legislação e jurisprudência, no que concerne aos fatores legitimantes da representação coletiva, de modo que se consagrou quase integralmente a solução apontada por Mauro Cappelletti:

“Delineia-se, assim, aquilo que a pesquisa comparativa parece indicar como o mais eficaz meio de solução de nosso problema:

104 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Legitimação para agir, cit., p. 204-206.

105 “É fato que a esmagadora maioria de demandas coletivas brasileiras é proposta pelo Ministério Público. Dados estatísticos apontam que no ‘Estado do Rio de Janeiro são cem ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público para pouco mais de dez ações promovidas por associações civis; em São Paulo, no campo dos direitos do consumidor, são 95 ações do Ministério Público para 10 de associações; em matéria de ambiente, segundo uma pesquisa feita em 100 comarcas daquele Estado, das 444 ações propostas, apenas 4% o foram por associações civis’.” (FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 139).

106 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 137-140.

soluções compostas, articuladas, flexíveis, por si só capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é aquele da tutela jurídica dos novos, emergentes e vitais interesses coletivos. Tais composições e soluções consistem, essencialmente, no *juntar e integrar* a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão somente, indiretamente interessados.”<sup>107</sup>

Saliente-se, por fim, que a teoria institucional não se limita a legitimar a atuação dos órgãos públicos na tutela dos direitos difusos, mas abrange a legitimidade da defesa por esses órgãos de todos os direitos coletivos, e até mesmo dos individuais indisponíveis, lastreando, outrossim, a imperatividade da intervenção do Ministério Público em todas as ações em que ele não for parte, e na própria obrigação de dar continuidade à ação abandonada.

## 5 Por uma representação adequada: o controle judicial da legitimação nas ações coletivas

### 5.1 A representatividade e a representação adequada<sup>108</sup>

A legitimidade da representação coletiva não se limita à análise dos fatores legitimantes, mas abarca também a questão da idoneidade do representante para o ato a que se propõe, idoneidade que no sistema norte-americano das *class actions* ganha contorno de pré-requisito para toda e qualquer ação de classe.<sup>109</sup>

A representatividade, como já visto (nota n. 103), está intimamente ligada a determinado vínculo entre o representante e o representado, seja pela confusão entre interesses institucionais e pessoais, seja pelo consentimento.

---

107 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 143. No Brasil, a legitimação do indivíduo para a tutela coletiva encontra-se limitada à ação popular; portanto, embora restrita foi consagrada no ordenamento jurídico.

108 Embora seja costume a utilização da expressão “adequada representatividade”, optou-se por utilizar “adequada representação”, para que se evitasse confusão com a representatividade, nos termos formulados no texto.

109 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 352, p. 4, out./dez. 2000.

A análise desse elemento, no entanto, conforme se absorve da teoria institucional, nem sempre é relevante, haja vista que, não obstante inexistir vínculo subjetivo entre o órgão estatal e os titulares da relação material discutida, a legitimidade se dará pelos próprios preceitos do Estado Social e pela capacidade de uma representação adequada, a ser abaixo analisada.

Desatento a isso, e de certa forma reduzindo as atribuições dos entes públicos na tutela dos direitos chancelados pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, apontou a necessidade da “pertinência temática”, sob o manto do “interesse social”, para que se atribua ao Ministério Público a legitimidade para pleitear a defesa de direitos individuais homogêneos, *in litteris*:

“E para orientar a demarcação, a partir do artigo 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do Ministério Público, o que reputo de maior relevo, no contexto do artigo 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais e indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais. De um lado, a proteção aos interesses ou direitos individuais indisponíveis é função tradicional no Ministério Público, cujo instrumento não será, de regra, a ação coletiva, mas a ação individual, por substituição ao titular incapaz ou hipossuficiente, ou a intervenção no processo comum que lhe diga respeito (cf. J. Marcelo Vigliar, *Ação civil pública*, Atlas, 1999, p. 79). De outro lado, a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva. [...] O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio artigo 129, III da Constituição denomina patrimônio social. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.” (STF – RE n. 2090-3).

Tal precedente embasou a jurisprudência da Corte Suprema<sup>110</sup>, mas, ao que parece acertadamente, teve substancial acréscimo na orientação do Superior Tribunal de Justiça, que:

110 Verificar os acórdãos nos processos AgR RE n. 204.200 e AgR RE n. 248.191.

“[...] já preconizava que o Ministério Público está legitimado para a defesa de interesses individuais homogêneos, exigindo apenas que tal proteção estivesse vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. Neste sentido, valem ser destacados os seguintes precedentes: REsp n. 58.682/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, de 16.12.1996; RMS n. 8.785/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ*, de 22.05.2000; REsp n. 207.336/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ*, de 11.06.2001; REsp n. 255.947/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, de 08.04.2002; REsp n. 279.273/SP, minha relatoria, *DJ*, de 29.03.2004; REsp n. 286.732/RJ, minha relatoria, *DJ*, de 12.11.2001; REsp 308.486/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, de 02.09.2002; REsp n. 509.654, minha relatoria, *DJ*, de 16.11.2004; REsp n. 547.170/SP, Min. Castro Filho, *DJ* 10.02.2004. Em junho de 2005, esta Corte flexibilizou seu entendimento inicial, procurando assegurar maior eficácia na prestação jurisdicional transindividual. Foi estabelecido, naquela oportunidade, que ‘*os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância*’ (STJ – REsp n. 635.807/CE, minha relatoria, *DJ* 20.06.2005).”

Ainda no caso dos entes federados, como já apontado, o Supremo Tribunal Federal vem exigindo a pertinência temática consubstanciada na presença de interesse do ente estatal na tutela coletiva pleiteada.

Configura-se, porém, teratológica a exigência, porquanto o órgão apontado fecha os olhos à Constituição – a qual supostamente deveria defender – a fim de limitar a atuação estatal na defesa da ordem jurídica.

Com efeito, o artigo 23, I, da Carta Magna brasileira determina a competência concorrente de todos os entes federados para “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” – o que, aliás, aponta a obrigação de revisão de atos ilegais pela própria Administração Pública –, de modo que, e isso se vê mais claramente nas próprias ações diretas de inconstitucionalidade, não pode o Poder Judicial restringir a atuação dos entes federados na tutela da ordem jurídica, sob pena de violação frontal à própria Constituição.

Desse modo, a análise da representatividade se mostra esvaziada, quando do exame da legitimação dos entes públicos, estando ela

centrada na questão da representação adequada que, por seu turno, ganha relevo não apenas para a aferição da atuação dos entes públicos, mas também na dos entes privados.

A concepção da representação adequada é dada por Álvaro Luiz Valery Mirra:

“A representatividade adequada a que fazemos referência é uma especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos).”<sup>111</sup>

Esse conceito, todavia, não deve se restringir à escolha adequada em abstrato do representante coletivo, mas deve sobretudo envolver institutos que viabilizem na prática a aferição dessa idoneidade. Tal escopo é buscado por institutos como os regimes especiais de formação da coisa julgada, particular no qual discordamos de Márcio Flávio Mafra Leal<sup>112</sup>, e da própria permissibilidade do controle judicial da legitimação coletiva.

Os elementos a serem analisados para a fixação da idoneidade visam a substituir a obtida pela própria titularidade do direito – nos juízos

111 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

112 Para Márcio Flávio Mafra Leal, configura-se insustentável a doutrina pela qual só se estaria assegurando o devido processo legal quando se salvaguardasse o direito de ação individual nos casos de improcedência da ação, coisa julgada *secundum eventum litis*: “A ação só se estabiliza, como antes, no plano coletivo – o réu opõe coisa julgada contra autor coletivo – mas não no individual. Do ponto de vista teórico é insustentável, pois o adequado representante deixa de sê-lo pelo fato de ter perdido a ação.” (Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73). Como já afirmado alhures, parece que o regime de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* se propõe a resguardar o devido processo legal coletivo porque evita a lesão à inafastabilidade da jurisdição – o objeto das ações coletivas que veiculem direitos individuais homogêneos não são os mesmos das ações individuais – a adequada representação, porém, mostra-se afetada quando o representante coletivo sequer consegue levar ao juízo provas suficientes para a formação de sua convicção, seja ela positiva ou negativa em relação ao direito tutelado.

individuais –, devendo consagrar fatos dos “mais variados e complexos, que possam vir do passado de uma certa associação, a sua organização, financiamentos, fins sociais, amplitude numérica ou espacial, etc.”<sup>113</sup>

No Brasil, conforme aponta Antonio Gidi<sup>114</sup>, o legislador determinou um rol de legitimados que *a priori* poderiam representar isonômica e adequadamente os membros do grupo, parecendo restringir, em princípio, o poder judicial sobre tal questão.

Mauro Cappelletti<sup>115</sup>, porém, chama a atenção ao fato de que seria “absurdo esperar-se do legislador uma resposta *completa*, e ainda mais absurdo seria pretender-se uma resposta *uniforme* a cada tipo de parte ‘ideológica’. Parece inevitável, ao menos neste estágio inicial, [...] fazer-se ter consciência de uma certa discricionariedade do juiz”.

Dessa forma, nota-se a necessidade de analisar os poderes conferidos ao juiz para o controle judicial da legitimação coletiva.

## 5.2 O controle judicial da legitimação nas ações coletivas

De início, cabe lembrar que a imparcialidade do juiz não é aferida através dos atos processuais por ele realizado, mas sim através do elemento anímico que os lastreie.

Dessa forma, é possível a realização de diligências determinadas pelo juízo sem que elas impliquem necessariamente em violação ao princípio do juiz natural, eis que imparcialidade não se confunde com a imparcialidade, como acima delineado.

Naquela ocasião (2.2.2) foi apontada a necessidade de uma repartição legal das funções do magistrado, porém, na jurisdição coletiva, há a necessidade da reformulação da extensão desses poderes, alteração necessária para todo o devido processo legal, uma vez que, como afirma Adolf Homburger:

“O interesse público no ajuizamento da ação coletiva é muito maior do que no litígio civil ordinário. É função da corte proteger

113 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 156.

114 GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, cit., p. 74.

115 CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p. 155.

tal interesse, assim como o interesse dos membros ausentes da classe. O uso bem sucedido das ações coletivas, portanto, requer um procedimento que se incline mais em favor de um ativismo judicial do que o ordinariamente consagrado no sistema americano.”<sup>116</sup>

Também é assente na doutrina de Mauro Cappelletti<sup>117</sup> a ampliação do poder de cautela do magistrado, sem a qual a tutela dos direitos coletivos restaria prejudicada.

Nos Estados Unidos, a representação adequada (*adequacy of representation*) e seu controle judicial são consagrados expressamente na regra 23 da Federal Rules of Civil Procedure<sup>118</sup> e, no Brasil, o Projeto de Lei

116 No original: “*The public interest in the prosecution of a class action is far greater than in ordinary civil litigation. It is the court’s function to protect that interest as well as the interests of the absent members of the class. The successful management of a class action, therefore, requires a procedure that leans more towards court-prosecution than ordinarily is the case in the American system.*” (HOMBURGER, Adolf. Private suits in the public interest in the United States of America. *Buffalo Law Review*, Buffalo, v. 23, p. 349, 1974, nossa tradução).

117 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154.

118 “*Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.[...] d) Conducting the Action (1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument; (B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members’ opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors; (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or (E) deal with similar procedural matters. [...] g) Class Counsel. (1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel’s knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class; (B) may consider any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class; (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney’s fees and non-taxable costs; (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney’s fees or nontaxable costs under Rule 23(b); and (E) may make further orders in connection with the appointment. (2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.*”

n. 3.034/84, que deu origem à Lei de Ação Civil Pública, trazia disposição semelhante, determinando ao julgador o dever de verificar a adequação do representante coletivo, disposição, todavia, suprimida no texto final.<sup>119</sup>

Não obstante a omissão legislativa, são encontradas na doutrina posições favoráveis ao controle judicial, havendo aqueles que gizam pela essencialidade da medida, conforme lição de Antônio Carlos Gudoni Filho<sup>120</sup> que, ao comentar acerca da ação popular, afirma:

“O controle judicial da representatividade adequada na ação popular é essencial, pois o autor popular é naquele momento, nada mais, nada menos, do que a própria coletividade em juízo. Tal mudança legislativa possibilitaria ao juiz o indeferimento de plano do processamento de ação popular, por falta do preenchimento do requisito representatividade adequada, quando proposta por cidadão que não transparecesse seriedade, credibilidade, ou apresentasse capacidade técnica, econômica e outras características indispensáveis ao prosseguimento da demanda.”

Atento a isso cabe perquirir a possibilidade desse controle, tendo em vista que o manejo das ações coletivas, seguindo a opção legislativa pela qual a legitimação é dada taxativamente nas hipóteses legalmente elencadas, traz problemas práticos, e ainda nos casos da representação coletiva ser exercida pelo Ministério Público.<sup>121</sup>

Assim, partindo de uma interpretação analógica, Ada Pellegrini Grinover não encontra óbice ao controle judicial da legitimação, notadamente devido à norma retirada *a contrario sensu* do parágrafo 1º do artigo 82 do Código de Defesa de Consumidor, de forma que:

“O artigo 82, parágrafo 1º, do Código de Defesa de Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse

---

119 MIRRA, Álvaro Luiz Valery, *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*, cit., p. 123.

120 GUDONI FILHO, Antônio Carlos. *Notas sobre a coisa julgada na ação popular*. p. 4. Disponível em: <[http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id\\_artigo=105](http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=105)>. Acesso em: 19 maio 2010.

121 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 5, maio/jun. 2002.

social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da ‘representatividade adequada’, podendo-se afirmar que, *a contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, após alguma tergiversação, tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses. Este exame, que se faz caso a caso, implica a análise de algo muito próximo à representatividade adequada, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas na causa.”<sup>122</sup>

O controle judicial da representação adequada já foi objeto de análise dos tribunais pátrios, de modo que, não obstante a sua escassez, verifica-se a sua possibilidade. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>123</sup> já declarou a ilegitimidade ativa de uma associação cuja finalidade abrangia a defesa de direitos do consumidor. Nessa ocasião, foi determinada a inadequação na representação devido à falta de especificidade do objeto social, além da utilização pela associação de um prospecto no qual exigia o pagamento de “taxa de inscrição” para a ação civil pública.

Ponto particular esquecido pela doutrina e que tange à questão discutida é a norma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, que impõe a extinção do processo sem exame do mérito, quando constatada carência de ação. Tal provimento, como se infere do parágrafo 3º do dispositivo citado, deve ser declarada de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

122 GRINOVER, Ada Pellegrini, Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 5.

123 “Consumidor e Processual Civil – Ação civil pública proposta por associação na defesa dos interesses dos consumidores, objetivando ver declaradas nulas cláusulas que reputa como abusivas em contrato de cartão de crédito da 2ª ré (C&A) administrado pela 1ª (Inovacard). Sentença de parcial procedência. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Ausência de autorização dos filiados e de representatividade adequada, esta última denotada por fatos verificados no curso da demanda. Provimento do apelo das rés para a colher a preliminar de ilegitimidade ativa, julgando-se extinto o processo sem exame do mérito.” (TJRJ – AC n. 02809/2003, rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 14.10.2005).

O cerne da controvérsia é resolvido pela noção de que cabe ao julgador declarar a ilegitimidade da parte e, para tanto, deve analisar a existência ou não de legitimação *ad causam* dos sujeitos envolvidos na demanda.

Nas ações individuais, como apontado no artigo 6º do Código de Processo Civil, essa legitimidade se dá através da titularidade do demandante em relação à situação material discutida, enquanto na jurisdição coletiva, conforme já discutido acima, será aferida através da representatividade e/ou da representação adequada. Não parece, portanto, que haja óbice legislativo para o controle judicial do elemento discutido, configurando verdadeiro dever imposto pelo Código de Ritos Civis.

Ademais, considerar que a legitimação dada pela lei seria por si só suficiente para dar a idoneidade na representação seria fechar os olhos para problemas práticos não previstos pelo legislador, além de significar a desconstrução da face substancial do devido processo legal.

É corriqueiro na doutrina e na jurisprudência, como demonstrado acima, que é dever do Poder Judicial analisar a legitimidade das leis postas sob seu crivo, e, portanto, a questão da legitimidade não poderia se desviar dessa orientação, fato que levaria ao retrocesso de se considerar o juiz apenas como “a boca da lei”, suprimindo toda a construção do *substantive due process of law* e reduzindo a atuação judicial à reprodução de leis muitas vezes arbitrárias.

Enfim, tanto o princípio do devido processo legal, em sua face substancial, quanto o instituto da legitimação para a causa – no qual se encontra a representação adequada – impõe o controle judicial da *adequacy of representation*, o que permite a afirmação de que o Brasil não se afastou, embora tal fato não reste tão claro, do sistema norte-americano esculpido na *rule 23*.

## 6 Conclusão

Por tudo analisado, percebe-se que a reformulação de institutos típicos do direito processual individual é necessária para se fornecer uma tutela lídima dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, muito embora essa reformulação deva ser bem delimitada, sob pena, ao revés, de se jurisdicionalizar a lesão aos direitos coletivos.

Nesse sentido é formulado o conceito do devido processo legal coletivo, que impõe uma participação dos substituídos por intermédio de um substituto que deve comportar atributos que o caracterizem como adequado, sendo exigida, em determinados casos, a representatividade, entendida como a identificação dos interesses dos substituídos com o do substituto.

Assim, conclui-se que a escolha desse representante é feita, a princípio, pela própria legislação regulamentadora das ações coletivas – optou-se, no Brasil, pelo sistema *ope legis* –, mas é dever do magistrado, notadamente quando focalizado o devido processo legal em sua face substancial, o controle, nos casos postos sob sua jurisdição, da idoneidade do substituto, sem o que a sentença jamais poderá alcançar os membros do grupo. A representação adequada, assim, é requisito essencial das ações coletivas e o julgador não pode se abster de efetuar o controle *in concreto*, sob pena de legitimar-se tutela inadequada dos direitos coletivos *lato sensu*.

## 7 Referências

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 260-266, out./dez. 1999.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 99-123.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 1.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdiccional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

\_\_\_\_\_. O controle jurisdiccional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas: o art. 82 do CDC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 25, p. 50-56, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136-143.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

\_\_\_\_\_. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 357, 2003.

\_\_\_\_\_. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 52-66, abr./jun. 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 3-12, maio/jun. 2002.

\_\_\_\_\_. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 352, p. 3-14, out./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Direito processual coletivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 11-29, jan./mar. 1983.

GUDONI FILHO, Antônio Carlos. *Notas sobre a coisa julgada na ação popular*. p. 4. Disponível em: <[http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id\\_artigo=105](http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=105)>. Acesso em: 19 maio 2010.

HOMBURGER, Adolf. Private suits in the public interest in the United States of America. *Buffalo Law Review*, v. 23, Buffalo, p. 343-394, 1974.

KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66-77.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 85, p. 175-180, jan./mar. 1997.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 380, p. 219-236, jul./ago. 2005.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114-135.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61, São Paulo, p. 187-200, jan./mar. 1991.

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 404, p. 9-17, jul. 1969.

\_\_\_\_\_. Legitimação para agir. In: *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOYA, Felipe Silva. Repercussões práticas do princípio do juiz natural. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 7, p. 243-257, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 125-150.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 351, p. 107-116, jul./set. 2000.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003. p. 118-131.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 19-28, abr./jun., 1990.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137. Mr. Chief Justice Marshall. Fevereiro de 1803. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9. Mr. Justice Black. 9 de novembro de 1908. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/339/9/case.html>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Twining v. State*, 211 U.S. 78. Mr. Justice Moody. 9 de novembro de 1908. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/211/78/case.html>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

# O princípio da celeridade e a responsabilidade do Estado pela delonga na prestação jurisdicional

Mellissa Di Lascio Sampaio<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Evolução do instituto no direito brasileiro. 3 O conceito da expressão “duração razoável do processo”. 3.1 Fixação de um prazo para o término do processo. 3.2 A fixação de critérios diversos para a análise da duração razoável. 3.2.1 Complexidade da causa. 3.2.2 Conduta dos litigantes. 3.2.3 Atuação das autoridades judiciais. 3.2.4 Importância do litígio para os demandantes e contexto no qual se desenvolveu o processo (critérios facultativos). 3.3 Adoção de uma teoria mista: proposta de delimitação temporal de Henrique Garcia Pons na Espanha. 3.4 Dever de motivação das decisões judiciais. 4 Responsabilidade civil do Estado. 4.1 Notas introdutórias. 4.2 Responsabilidade do Estado por atos judiciais. 4.3 Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. 5 Conclusões. 6 Referências.

---

## 1 Introdução

Nos últimos anos, uma das maiores preocupações do universo jurídico foi a obtenção da efetividade do processo. Constatou-se, com razão, que a solução tardia da lide não satisfazia de maneira adequada os interesses das partes litigantes.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado, em exercício na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

A primeira grande reforma realizada em nosso sistema jurídico com a finalidade de proteger os interesses dos jurisdicionados contra as mazelas do tempo deu-se com a inserção da tutela antecipada no artigo 273 do Código de Processo Civil. Ocorre, porém, que essa medida, como regra, possui caráter de urgência, cabendo ao interessado comprovar a verossimilhança do seu direito e o perigo de dano. Não há como se negar que o instituto teve grande repercussão no meio jurídico e aceitação pacífica em nossos tribunais. Entretanto, tornou-se prática corriqueira a concessão de tutela antecipada como substituto da própria decisão de mérito. Os processos permaneciam anos nos cartórios sem uma decisão final.

Sendo assim, apesar do brilhantismo da criação da tutela antecipada, os juristas se deram conta que a sua concessão não era suficiente para a satisfação do direito das partes envolvidas e para a garantia da paz social porque o que o litigante efetivamente pretende obter do Poder Judiciário é uma resposta completa, capaz de resguardar e satisfazer o seu direito de *maneira definitiva*.

Em 2004, em resposta aos anseios do jurisdicionado e dos operadores do direito, foi editada a Emenda Constitucional n. 45, denominada de “Reforma do Judiciário”.

Dentre as inovações trazidas pela reforma constitucional, recebeu destaque a inserção, no rol do artigo 5º da Constituição Federal, do direito à razoável duração do processo.

Ressalte-se, entretanto, que o princípio da celeridade não foi incluído em nosso sistema jurídico por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. A sua menção expressa no rol dos direitos fundamentais, entretanto, trouxe consequências importantes, tais como a edição de diversas normas infraconstitucionais tendentes à simplificação dos procedimentos e à agilização da prestação jurisdicional.

Atento à relevância do tema e à sua pouca exploração pela doutrina (considerando-se, logicamente, o elevado número de publicações na seara do direito processual civil), o presente artigo busca definir a expressão “razoável duração do processo” e a consequência, no campo civil, do não cumprimento do princípio da celeridade, dando-se enfoque à possibilidade da responsabilização do Estado pela delonga na prestação jurisdicional.

O intuito maior deste artigo é trazer elementos para que os operadores do direito possam compreender melhor o conteúdo e as implicações práticas do princípio da celeridade, a fim de aplicá-lo da forma mais abrangente possível. Como direito fundamental que é, o princípio da razoável duração do processo merece ampla aplicação e deverá servir de norte para o legislador infraconstitucional.

A previsão normativa do direito à razoável duração do processo, por si só, não surtirá efeitos se o instituto não for bem empregado pelos intérpretes ou se cair no campo do esquecimento.

## 2 Evolução do instituto no direito brasileiro

A Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>2</sup> acrescentou um novo inciso ao artigo 5º da Constituição Federal, introduzindo expressamente, no rol de direitos fundamentais, o princípio da celeridade: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Diversamente do que se possa pensar, o princípio da celeridade não foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da reforma constitucional. Muito pelo contrário, o princípio da razoável duração do processo já existia em nosso sistema jurídico interno, quer com a natureza de norma constitucional, quer com a natureza de norma infraconstitucional (a depender da posição adotada pelo intérprete).

O primeiro diploma legal que tratou da necessidade de se buscar um processo célere foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor no Brasil somente em abril de 1992.

---

2 “Desde o início, a Reforma do Judiciário trazia em si uma proposta de renovação não somente da estrutura anatômica do Poder Judiciário, mas também das linhas mestras de sua atuação. Importava acima de tudo, como todos sentiam, gerar instrumentos ágeis para uma atuação mais pronta e eficaz na oferta de acesso à justiça, além de meios para coibir certas mazelas da instituição. De um lado, eliminar ou ao menos atenuar as lastimáveis demoras, que são fonte de corrosão dos direitos e alimento ao tempo inimigo, do qual com sabedoria falava Francesco Carnelutti. De outro, combater os focos de distorção dos sagrados deveres e compromissos dos magistrados, nem sempre empenhados em bem servir, nem sempre interessados em serem independentes, nem sempre orientados pelos melhores sentimentos humanos ou éticos [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Unicoc*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivoID\\_48.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivoID_48.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2010).

O princípio da celeridade vem disposto nos artigos 9º, parágrafo 3º, e 14, parágrafo 3º, n. 3, nos seguintes termos, respectivamente:

“Artigos 9º - [...]

§ 3º - Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

[...]

Artigo 14 - [...]

§ 3º - Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

1. a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
2. a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
3. a ser julgada sem dilações indevidas.”

Ainda que não houvesse recepção do Pacto de São José da Costa Rica pelo ordenamento pátrio, o princípio da celeridade estaria explícito em nosso sistema jurídico, em razão de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>3</sup>, do Código de Processo Civil de 1973<sup>4</sup> e da Lei Orgânica da Magistratura.<sup>5</sup>

3 “Artigo 765 - Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

4 “Artigo 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe [...] II - velar pela rápida solução do litígio.”

5 “Artigo 35 - São deveres do magistrado: [...] II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III- determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais.”

Com o advento da Constituição de 1988 e a destinação de um capítulo exclusivo aos direitos fundamentais, muitos autores, pela própria relevância do assunto, tentaram enquadrar a celeridade processual dentro de um dos princípios previstos no artigo 5º da Carta Maior (princípio do direito de ação ou princípio do devido processo legal). Ao que tudo indica, a intenção da doutrina era emprestar eficácia constitucional a um princípio de natureza legal.

Ao que tudo indica, a posição doutrinária acima mencionada surtiu os resultados esperados. Tanto isso é verdade que o legislador ordinário, a partir da promulgação da Constituição Federal, regulamentou (função criadora do princípio) certos institutos que propiciam a agilização da Justiça, tais como as tutelas de urgência, a arbitragem e a simplificação dos procedimentos.<sup>6</sup>

Cumprir não olvidar, outrossim, que, além da previsão expressa no Pacto de São José da Costa Rica (de aplicação escassa em nosso país), a celeridade foi introduzida em nosso sistema, ainda que indiretamente, com a inserção do princípio da eficiência no rol do artigo 37 da Constituição Federal.

Hely Lopes Meirelles sustenta que a eficiência tem como principal escopo a otimização do serviço público, através da aplicação de técnicas e instrumentos adequados, por agentes qualificados. Nesse sentido:

“O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.<sup>7</sup>

---

6 Nesse sentido: “Pelo menos desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos. No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem conhecidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de ‘oralidade’ e ocuparam-se, essencialmente, com a ‘livre apresentação da prova’, a ‘concentração’ do procedimento e o contato ‘imediate’ entre juizes, partes e testemunhas, bem como a utilização dos juizes de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade [...]” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 76).

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94.

O conceito apresentado acima não deixa dúvidas de que a eficiência é um princípio de observância obrigatória não só pela Administração Pública, como também pelo Poder Judiciário, que tem como função primordial a administração da justiça.

Explica Francisco Alves Junior, em brilhante trabalho a respeito da aplicação do princípio da eficiência ao Poder Judiciário:

“Desenvolve o Judiciário uma série de atividades administrativas de suporte à jurisdição, em grande parte semelhantes às atividades administrativas dos outros poderes, a exemplo de elaboração de orçamentos, empenhos, folhas de pagamento, licitações, edificações etc.

Contudo, uma destas atividades administrativas chama a atenção pela singularidade que assume no Judiciário: a gestão processual.

Não se vai discorrer, aqui, por óbvio, acerca do direito processual. Mas é certo que a decantada e perseguida celeridade processual jurisdicional em muito depende de como se administra o fluxo de processos nos cartórios, secretarias e gabinetes do Judiciário.

Em se tratando de atividade de caráter muito mais administrativo que jurisdicional, é certo que deve receber o comando da eficiência, razão pela qual entendemos que também aí se aplica a norma do artigo 37 da Constituição Federal.”<sup>8</sup>

Ora, sequer seria lógico afastar a aplicação da eficiência pelos membros da magistratura, que se dirá jurídico. A atividade jurisdicional é, para todos os efeitos, um serviço público que deve ser pautado pelas regras da eficiência e, em especial, pela presteza.

Feitas essas considerações, resta saber por que o constituinte reformador optou por incluir o princípio da celeridade, de maneira expressa no corpo do artigo 5º da Carta Magna, se a sua proteção já estava resguardada pelos demais dispositivos legais e constitucionais aqui mencionados.

A mesma emenda constitucional que introduziu a celeridade no rol dos direitos fundamentais previu que os tratados internacionais que

---

<sup>8</sup> ALVES JÚNIOR, Francisco. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. *Revista da ESMESE*, Aracaju, Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n. 5, p. 107, 2003.

tratassem de direitos humanos teriam a natureza de norma constitucional<sup>9</sup>. Antes da reforma, os tratados eram recepcionados pela legislação interna com a eficácia de lei ordinária, guardando relação hierárquica com a Constituição Federal.

Consoante já mencionado, o Pacto de São José da Costa Rica, devidamente ratificado pelo Brasil, previu em seu texto, além de outros direitos fundamentais, o dever de se respeitar a celeridade processual.

Sendo assim, de acordo com a posição mais garantista, mesmo que recepcionado pelo nosso sistema interno antes da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, por questões de coerência, O referido tratado internacional também teria a natureza de norma constitucional. Em outras palavras, a reforma acabaria por elevar a celeridade processual em norma constitucional sem mesmo precisar inseri-la expressamente em um dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal.

A verdade é que não se sabe se a inclusão expressa da celeridade processual no rol dos direitos fundamentais se deu por falta de conhecimento de todas as observações feitas acima ou se o legislador reformador teve a intenção de realçar aquilo que já estava previsto em nosso ordenamento jurídico (de maneira implícita ou explícita), para emprestar maior efetividade ao princípio.

Seja qual for a razão correta, é certo que a expressa previsão do princípio da duração razoável do processo acabou por gerar uma série de modificações na legislação constitucional e infraconstitucional, tendentes a emprestar maior efetividade à tutela jurisdicional (e, porque não dizer, solucionar o problema da sobrecarga do Poder Judiciário).

Como exemplo, podem ser citadas as seguintes normas estabelecidas pelo constituinte reformador:

- Aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

---

<sup>9</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] § 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.”

- Não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver os autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.
- A atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedadas férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.
- O número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial a à respectiva população.
- Distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.
- As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
- O Tribunal de Justiça instalará a Justiça itinerante, com a realização de audiência e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.
- Súmula com efeito vinculante.
- Criação do Conselho Nacional de Justiça e outros.

Por fim, cumpre não olvidar que a inserção da celeridade processual como princípio fundamental fez surgir o debate da responsabilidade do Estado (principal enfoque deste artigo) quando do descumprimento do dever pelo Poder Judiciário, a exemplo do que vinha ocorrendo nas Cortes internacionais há muitos anos.

### **3 O conceito da expressão “duração razoável do processo”**

O maior problema enfrentado pelos estudiosos da celeridade processual é justamente a conceituação da expressão “razoável duração do processo”, utilizada pelo constituinte reformador e por diversos diplomas legislativos de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Conforme se perceberá pela análise dos ensinamentos abaixo, a expressão utilizada pelo legislador no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal está longe de exprimir um conceito jurídico determinado e preciso.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, elaborada na Áustria, teve grande repercussão no campo do direito administrativo, servindo de base para o estudo do conteúdo do poder discricionário da Administração Pública. Mais recentemente, porém, em razão da constitucionalização do direito privado e da maior confiança depositada no Poder Judiciário, essa teoria ganhou importantes contornos na seara do direito civil.

O “novo Código Civil” contém diversos dispositivos veiculadores de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, dois institutos que não podem ser confundidos.

A principal diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados (para Nery, conceitos legais indeterminados; para Bullinger, normas abertas; para Loening, conceitos vagos; para Soares, conceitos imprecisos; e, para Canotilho, regras legais abertas) e as cláusulas gerais reside no papel desempenhado pelo juiz no momento da aplicação da norma.

Ao se deparar com um *conceito jurídico indeterminado*, o magistrado deve se valer de todos os mecanismos colocados à sua disposição para emprestar precisão ao conceito e aplicar a norma nos moldes estabelecidos pelo Poder Legislativo. O “poder de opção” do magistrado encontra limites na própria norma. Como exemplo, citem-se as seguintes expressões usadas pelo legislador civil: bons costumes, perigo iminente, coisas necessárias à economia doméstica etc.

Por outro lado, quando está diante de uma *cláusula geral*, o julgador desempenha uma *atividade criadora*, adequando a norma ao caso concreto, a fim de lhe emprestar maior efetividade. *Exerce, sem dúvida alguma, um juízo de valor, através da aplicação dos métodos de interpretação*. O grande objetivo da cláusula geral é manter a mobilidade do sistema jurídico, preservando a norma contra os avanços sociais e mantendo-a a mais atual possível. Como exemplo, cite-se: função social do contrato como limite à autonomia privada (art. 421 do CC), necessidade de o ato jurídico ser realizado com atendimento aos seus fins sociais e econômicos (art. 187 do CC), função social da propriedade (art. 1.228 do CC) etc.

Por lógico, as cláusulas gerais não são de grande valia para o direito público, uma vez que, de acordo com a própria Constituição Federal, o administrador deve sempre pautar a sua atuação na lei. Tendo em vista que a cláusula geral permite ao aplicador da norma o exercício de um juízo valorativo, não se admite a sua previsão no direito administrativo. Como já relatado, esse quadro é bastante diferente no campo do direito privado, em que a atuação do juiz ganhou novos contornos, com as recentes reformas legislativas.

Ressalte-se, porém, que a ampliação dos poderes de interpretação do magistrado, mesmo no campo do direito privado, não pode chegar ao ponto de permitir a atuação fora dos limites legais, ainda que o julgador se veja diante de uma cláusula geral.

Atenta a essa realidade, a doutrina dedicou uma série de estudos à chamada *discricionarietà judicial*. Alguns estudiosos sustentam que, ao preencher conceitos jurídicos indeterminados e estabelecer os contornos das cláusulas gerais, o magistrado estaria exercendo típico poder discricionário, nos moldes do que ocorre na Administração Pública.

Outra parte dos juristas, entretanto e, salvo melhor juízo com mais razão, diferencia a atividade de interpretação do Poder Judiciário do exercício do poder discricionário. Para esses, o juiz, ao delimitar os contornos de determinadas expressões dotadas de imprecisão, está apenas exercendo *atividade de interpretação*, dentro dos limites impostos pela própria norma. Uma vez fixado o conceito previsto na lei, foge ao âmbito de liberdade do magistrado a fixação dos efeitos jurídicos a serem produzidos.

Percebe-se, assim, que, existe clara diferença entre a discricionarietà administrativa e a prerrogativa de interpretação conferida aos magistrados, quando se deparam com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (prerrogativa essa denominada por parte da doutrina de discricionarietà judicial). Entretanto, possuem uma importante característica em comum: em ambos os casos, cabe ao juiz agir nos limites estabelecidos pela lei, sob pena de praticar ato absolutamente arbitrário.

Nesse contexto, resta claro que os conceitos jurídicos indeterminados (expressão que será aqui adotada, por mera preferência semântica) tiveram espaço nos ordenamentos jurídicos, na medida que o legislador

deixou de lado o apego excessivo à norma (sem, contudo, obviamente, deixá-la de lado), conferindo ao julgador papel relevante na aplicação e na interpretação do direito.

Não mais fazia sentido, pelo menos no que diz respeito à evolução histórica, filosófica e teórica, engessar a atividade do Poder Judiciário, sem levar em consideração os anseios da própria sociedade e os novos métodos de interpretação. De nada adiantaria ao cidadão obter do Poder Judiciário uma resposta formalmente correta, porém incapaz de colocar fim ao litígio.

Ademais, como bem observa Arruda Alvim<sup>10</sup>, em algumas situações, resta impossível prever todas as hipóteses fáticas a ensejar a aplicação da norma, por meio de conceitos precisos e determinados. Dessa maneira, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador tem como finalidade a própria otimização do direito.

Muitos doutrinadores, entretanto, apegados à concepção tradicional do sistema jurídico, criticam a previsão legislativa de conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, por entenderem que a concessão de maiores poderes de integração e criação aos julgadores acabaria por gerar insegurança jurídica.

Ressalte-se, porém, que essa crítica não merece qualquer acolhimento, uma vez que, conforme estudado acima, a atividade de interpretação do magistrado, assim como a discricionariedade administrativa, encontra limites na própria lei. A previsão de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais não autoriza o Poder Judiciário a agir *contra legem* ou fora dos limites impostos pela norma.

Uma vez estabelecida a importância dos conceitos jurídicos indeterminados, e a própria razão de seu surgimento, cumpre lembrar que a preocupação com a duração excessiva do processo não é um privilégio do Brasil. Em razão da previsão expressa desse princípio em diversos tratados internacionais, a ofensa à duração razoável do processo vem sendo analisada há anos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

---

10 ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

Com base nas decisões prolatadas pelos tribunais internacionais, a doutrina trouxe algumas soluções para lidar com a inexatidão da expressão “razoável duração do processo” e, conseqüentemente, com a delonga excessiva na prestação jurisdicional, dividindo-as em duas modalidades: a) fixação de um prazo para o término do processo; e, b) fixação de critérios para a aferição de descumprimento do preceito constitucional.

### **3.1 Fixação de um prazo para o término do processo:**

Conforme já mencionado, o constituinte reformador, ao estabelecer o princípio da celeridade, valeu-se de conceito jurídico indeterminado, deixando ao aplicador do direito um espaço para o preenchimento do conceito.

Parte da doutrina, ainda receosa em ampliar os poderes de integração e criação do Poder Judiciário, sugere que o prazo razoável de duração do processo seja visto como a somatória dos prazos estabelecidos pela própria lei para a prática dos atos processuais. Caberia ao legislador apontar qual o prazo razoável para a efetivação de cada ato processual, restando ao magistrado o dever de fiscalizar o cumprimento da norma e a atuação das partes.

O raciocínio mencionado parece ter sido extraído do direito processual penal, em que a somatória dos atos processuais serve como base para se calcular o período permitido da prisão cautelar. Caso o prazo ultrapasse o número de dias necessários para a prática dos atos processuais, até o encerramento da instrução (81 dias), a prisão deve ser relaxada, sob pena de implicar em restrição ilegal da liberdade individual.

Para muitos doutrinadores, a doutrina do prazo fixo está de acordo com o perfil do próprio Estado Democrático de Direito, que encontra sua legitimidade na lei.

Em brilhante artigo, Humberto Theodoro Júnior critica abertamente a utilização indiscriminada pelo legislador de termos vagos e defende a busca incessante pela segurança jurídica, nos seguintes termos:

“O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do poder governante, abdica simplesmente da competência

de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a ideias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de valores (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável, e por isso mesmo injustificável do legislador contemporâneo, deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social.

[...]

*Legislar com excesso de cláusulas gerais e por meio de ‘chavões’ que nada dizem (mas que tudo permitem seja dito em seu nome) representa uma verdadeira traição ao ideário do Estado Democrático de Direito. Se este se caracteriza pela defesa dos indivíduos e de seus direitos por meio de uma necessária separação entre funções atribuídas aos diversos órgãos encarregados do exercício dos poderes inerentes à soberania estatal, só se pode divisar governo autoritário e ditatorial quando um mesmo órgão acumula as funções de legislar e aplicar a lei por ele mesmo criada.”<sup>11</sup>*

Com base nesses ensinamentos, poder-se-ia concluir que a garantia dos direitos fundamentais e, no caso vertente, em especial, da razoável duração do processo, está incluída no próprio conceito de democracia. Isso porque o alcance dos pressupostos necessários à formação de um Estado Democrático de Direito depende da atividade consciente do Poder Legislativo que, para todos os efeitos, representa a vontade do povo.

Dessa maneira, para a doutrina do prazo fixo, a necessidade de se definir o alcance do princípio da celeridade pela própria lei encontra fundamento no Estado de Democrático de Direito e na segurança jurídica.

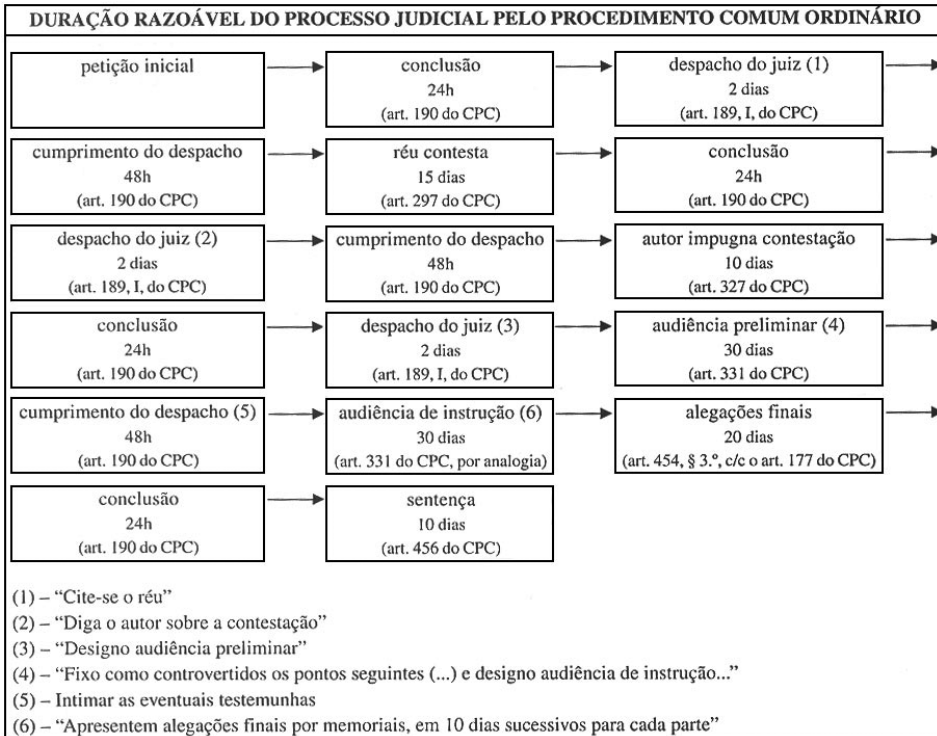
Levando em consideração as observações aqui feitas, parte da doutrina defende o estabelecimento, por meio de lei, de prazos fixos para

---

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. As reformas do direito processual civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 237-238, grifo nosso.

a prática dos atos processuais. Caso a somatória dos atos ultrapasse o limite legal, haverá desrespeito ao princípio da celeridade.

Baseado na teoria em análise e, sobretudo, na lei, Fernando da Fonseca Gajardoni, citado por Alessandra Mendes Spalding, apresenta o seguinte quadro com todos os prazos previstos para a prática dos atos processuais, das partes e do magistrado:<sup>12</sup>



Apesar da lógica irrefutável desse posicionamento, não se pode olvidar que inúmeras agravantes podem implicar na dilatação do prazo legal para a prática dos atos processuais, sendo que algumas delas são plenamente válidas. Como exemplos, pode-se citar a produção de prova pericial complexa, a oitiva de diversas testemunhas, a não localização do requerido, a presença da Fazenda Pública em um dos pólos da demanda etc.

12 SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

As particularidades dos litígios colocados à apreciação do Poder Judiciário são suficientes para demonstrar que a teoria do prazo fixo, apesar de dotada de lógica e simplicidade, não pode ser aplicada com sucesso ao nosso ordenamento jurídico. O processo civil possui uma diversidade de bens a serem tutelados, exigindo um tratamento diverso do processo penal.

### **3.2 A fixação de critérios diversos para a análise da duração razoável**

A doutrina do prazo fixo, apesar de apresentar inúmeras vantagens práticas, não é capaz de esgotar o conceito da expressão “duração razoável do processo”. Com base nessa assertiva, muitos juristas pugnaram pela adoção de um sistema mais flexível, levando-se em conta as decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que tem apreciado as denúncias de delongas excessivas na duração dos processos há mais de trinta anos.

Essa Corte internacional firmou entendimento jurisprudencial, no seguinte sentido: para se verificar se a duração do processo é razoável, é preciso analisar cinco fatores: a) complexidade da causa; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; c) atuação do órgão jurisdicional; d) contexto em que se desenvolveu o processo; e, e) importância do litígio para os demandantes.

Enrique Garcia Pons, citado por André Luiz Nicolitt<sup>13</sup>, observa que, dentre os fatores mencionados, alguns são preceptivos (complexidade da causa, comportamento das partes e atuação das autoridades judiciais), ao passo que outros são facultativos. Tal classificação parece dotada de bom senso, uma vez que efetivamente o contexto em que se desenvolveu o processo e a importância da causa para os demandantes raramente serão fatores determinantes na análise da delonga no resultado da causa.

Em razão da importância da matéria, os fatores a serem levados em consideração no momento da apreciação de eventual violação do princípio da celeridade por quem de direito serão a seguir analisados de maneira detalhada.

---

13 GARCIA PONS, Enrique. Responsabilidad del Estado: la justicia y sus limites temporales. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, apud NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

### 3.2.1 Complexidade da causa

A análise da complexidade da causa deve ser vista sob três diferentes enfoques: a complexidade dos fatos (complexidade fática), a complexidade do direito (complexidade jurídica) e a complexidade do processo (complexidade instrumental).<sup>14</sup>

A complexidade fática tem como base a própria natureza da relação jurídica controvertida ou questões relativas ao campo probatório. Como exemplo, pode-se mencionar a necessidade de realização de exames físicos e psicológicos em menores de dois anos, quando um dos genitores, em ação de guarda, acusa o outro da prática de abuso sexual. Tendo em vista a tenra idade da criança e a dificuldade de o profissional diferenciar a verdade de meras fantasias ou relatos induzidos pelo genitor interessado, a comprovação do abuso (que não necessariamente envolve penetração) é de difícil constatação, sendo necessária a designação de diversas perícias por psicólogos, médicos e assistentes sociais.

A complexidade jurídica, por outro lado, envolve a dificuldade de interpretação de determinada norma, quer porque sua redação é confusa, quer porque ela ingressou no sistema jurídico há pouco tempo e ainda não existem posições firmes a respeito de sua aplicação.

Por fim, a complexidade processual engloba situações como a dificuldade de localização de testemunhas, a existência de litisconsórcio misto, a dificuldade de citação de réus por carta rogatória etc.

Apesar de ser dever do Poder Legislativo a criação de regras capazes de solucionar ou contornar a complexidade processual, fato é que o número excessivo de litigantes ainda hoje é tido como um dos maiores responsáveis pela delonga na prestação jurisdicional. Nem mesmo as normas concernentes ao litisconsórcio foram capazes de resolver o problema de forma definitiva. Como exemplo, pode-se citar o Caso Castelhino, colocado sob a apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Como justificativa pela demora na solução da lide, o Estado de São Paulo alegou que o número excessivo de réus importava na impossibilidade de julgamento célere, sob pena de violação aos direitos do contraditório e da ampla defesa.

<sup>14</sup> Classificação extraída de: NICOLITT, André Luiz, *A duração razoável do processo*, cit., p. 78.

Por óbvio, o número excessivo de réus não é motivo, por si só, a justificar toda e qualquer delonga na prestação da jurisdição. É dever do magistrado analisar a pertinência das pretensões das partes envolvidas, evitando incidentes manifestamente infundados e manobras tendentes a retardar o julgamento da causa.<sup>15</sup>

### 3.2.2 Conduta dos litigantes

A celeridade processual não é princípio absoluto, devendo conviver pacificamente com os demais direitos e garantias fundamentais, dentre eles o contraditório e a ampla defesa.

Dessa maneira, não pode o magistrado, a pretexto de acelerar a prestação jurisdicional, deixar de conferir às partes todos os mecanismos de defesa colocados à sua disposição pelo ordenamento jurídico. O exercício do direito de defesa jamais poderá ser visto como empecilho à duração razoável do processo.

Em algumas situações, porém, é possível que as partes exerçam o direito de defesa de maneira abusiva, com a finalidade de retardar a prestação jurisdicional e prejudicar os interesses do outro litigante. Por certo, essa prática deve ser coibida pelo magistrado e pelo legislador.

A teoria do abuso do processo deita suas raízes na teoria do abuso do direito, proveniente do direito civil. Apesar da autonomia do direito processual civil, não há como se negar a sua necessária ligação com o direito material.<sup>16</sup>

---

15 Ressalte-se que até mesmo nas causas penais a teoria do prazo fixo vem sofrendo abrandamentos, em razão da complexidade da causa, conforme se vê a seguir: “Habeas Corpus – Direito processual penal. Excesso de prazo na formação da culpa. Feito complexo. Juízo de razoabilidade. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. 1. Se é seguro que a celeridade do processo, sem desprezo do conhecimento da verdade dos fatos, deve ser almejada em obséquio, sobretudo, da liberdade, principalmente em existindo custódia cautelar decretada, nem por isso há falar em irrazoabilidade da demora, se a natureza, a complexidade e o número de agentes e dos fatos criminosos imputados na acusatória inicial fazem inafastável a demora. 2. Em se tratando de apuração de feito complexo, no qual se apura a prática de vários crimes imputados a dez réus, presos em diversos Estados da Federação, com expedição de várias cartas precatórias para interrogatórios e oitivas de testemunhas, tem-se, à evidência, um processo de maior complexidade, a atrair, por certo, um juízo de razoabilidade, infenso ao simples cálculo aritmético dos prazos processuais. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (STJ – HC n. 91.851/SP, 6ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, rel. p/ acórdão Min. Hamilton Carvalhido, j. 26.05.2008, *DJe*, de 29.09.2008).

16 Nesse sentido: ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Estudos de Direito Processual Civil Enrico Tullio Liebman, v. 60).

O legislador pátrio, preocupado com a preservação dos princípios da lealdade e da boa-fé processual, previu, em uma série de artigos esparsos, normas com a finalidade de salvaguarda das partes contra o abuso do processo. Observe-se, porém, que a nomenclatura “abuso do processo” não foi utilizada pelo legislador, tomando formas diversas, como litigância de má-fé, fraude à execução, dever de lealdade etc. Essa mera questão semântica, por óbvio, não pode ser vista como óbice ao reconhecimento do instituto.

A análise de nosso diploma processual demonstra que a única oportunidade em que o legislador mencionou o abuso do processo, na modalidade de abuso do direito de defesa, expressamente, foi na redação do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>17</sup>, que trata da tutela antecipada.

Como bem lembrado por Cássio Scarpinella Bueno<sup>18</sup>, o artigo 17 do Código de Processo Civil traz uma série de situações caracterizadoras da má-fé processual. Caso se comprove que a parte praticou qualquer das condutas previstas em lei (de acordo com a doutrina e a jurisprudência, trata-se de rol taxativo), caberá ao magistrado, após a concessão de prazo para defesa, a aplicação das penalidades previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil.<sup>19</sup>

Cumprir, porém, que apesar da redação do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil tratar do abuso do direito de defesa do réu, o abuso no processo pode ser praticado por qualquer das partes (incluindo-se no conceito de partes os terceiros intervenientes).

Resta claro assim que, ao analisar a responsabilidade das partes na delonga da prestação jurisdicional, o magistrado deve levar em consideração a prática de condutas abusivas, e não o exercício regular da ampla defesa.

17 Código de Processo Civil: “Artigo 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e [...] II - fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu [...]”

18 BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela ntecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40.

19 Código de Processo Civil: “Artigo 18 - O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

Questão que se mostra mais tormentosa na doutrina é a de necessidade de comprovação de dolo ou culpa para a caracterização do abuso processual.

Para alguns, a análise do abuso processual não prescinde da comprovação do dolo ou culpa, bastando a constatação do desvio de finalidade. A necessidade de comprovação do elemento subjetivo acabaria por inviabilizar a aplicação dos dispositivos que tratam da conduta abusiva das partes, além de não ser condizente com a teoria do abuso do direito apresentada pelo direito material.

Essa não é, entretanto, a posição majoritária em nossos tribunais, que sustentam ser imprescindível a comprovação do dolo para a caracterização da má-fé.<sup>20</sup>

Outrossim, diversamente do que ocorre no campo da reparação civil, em que ficou cristalizado que sem a ocorrência do dano à parte adversa não há responsabilidade, parte da doutrina sustenta que o abuso processual não depende da comprovação do dano efetivo a um dos envolvidos na lide.

Esse entendimento está de acordo com a visão contemporânea do processo. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não faz mais sentido pensar no processo, pura e simplesmente, como mecanismo de solução de conflito entre as partes ligantes. Assim como ocorreu com o instituto da propriedade, o processo deve ser visto no seu aspecto social.

A visão puramente jurídica do processo não encontra mais espaço no Estado Democrático de Direito, devendo a celeridade ser encarada

---

20 Nesse sentido, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Processual Civil – Litigância de má-fé – Artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil – Multa de 1%. Indenização de 20% – Afastamento – Tutela antecipada concedida – Interposição de agravo de instrumento pela parte contrária para reformar o *decisum* – Sentença procedente proferida na ação ordinária, anterior ao julgamento do agravo – Pretendido reconhecimento da perda do objeto do agravo, ante a superveniência da sentença de mérito. 1. O acórdão merece reparo no que concerne à aplicação da multa e de indenização no agravo regimental interposto, haja vista que, no caso particular, não ficou caracterizada a litigância de má-fé, a autorizar a manutenção das penalidades insculpidas nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, ante a ausência de dolo a obstar o trâmite do processo, tampouco ocorreu dano à parte contrária. 2. A superveniência da sentença de mérito possui a força de arredar qualquer discussão acerca da tutela antecipadamente concedida, circunstância que tornam prejudicados os recursos contra essa decisão interlocutória. Agravo regimental improvido. Prejudicados os embargos de declaração de fls. 249/251.” (AgRg REsp n. 753.333/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 02.12.2008, *DJe*, de 18.12.2008).

não apenas sob o enfoque das partes no processo, como também da coletividade. O processo possui uma função social a cumprir, cabendo ao magistrado atentar para os prejuízos sociais ocasionados pela demora na prestação jurisdicional, ocasionada quer pela conduta das partes, quer pelos demais fatores aqui estudados.

Trazendo essa visão para a matéria aqui tratada, pode-se afirmar que o abuso processual (da mesma maneira que os demais institutos jurídicos, em especial a celeridade) deve ser analisado sob a ótica da *função social do processo*. Em outras palavras, ainda que não haja dano efetivo a um dos litigantes, é possível se falar em abuso do processo, em razão do dano à coletividade (a delonga na prestação jurisdicional impede a pacificação social).

Percebe-se, assim, após estas considerações doutrinárias, que, independentemente das divergências acerca da necessidade de comprovação do dano e do elemento subjetivo, a regra é a liberdade das partes no exercício da ampla defesa e do contraditório, devendo o ordenamento jurídico e os membros da magistratura se preocuparem com as condutas que ultrapassam os limites legais e das finalidades dos institutos.

Em suma, cumpre ao julgador fiscalizar a atividade das partes no desenvolvimento do processo, evitando e penalizando as condutas abusivas. Caso o magistrado perceba que a diligência a ser praticada pela parte é meramente procrastinatória, deve indeferi-la de plano, prevenindo delonga desnecessária no andamento do feito. Do mesmo modo, cabe ao magistrado da causa, exemplificativamente: presumir verdadeiros os fatos alegados pela parte se a outra se recusar injustificadamente a produzir documentos (art. 359 do CPC), rejeitar liminarmente os embargos do devedor, por considerá-los manifestamente protelatórios (art. 739, III, do CPC), antecipar os efeitos da tutela em caso de abuso (art. 273, II, do CPC), aplicar penalidades penais às partes que cometerem abusos processuais etc.

### **3.2.3 Atuação das autoridades judiciais**

Como já mencionado, o atraso na prestação jurisdicional pode ter como causa não somente a conduta das partes, como também a atuação dos órgãos jurisdicionais.

Pede-se vênia para utilizar como critério a classificação de André Luiz Nicolitt, que trata do tema de maneira primorosa:

“Os atrasos imputados ao Estado podem ser classificados em dilações organizativas e dilações funcionais. As primeiras decorrem de fatores estruturais, da sobrecarga de trabalho ou mesmo conjunturais. As segundas estão ligadas à deficiente condução do processo por parte dos juízes e tribunais.

As dilações funcionais dividem-se em duas: as paralisações procedimentais injustificadas e a hiperatividade inútil. Em outras palavras, os atrasos não são apenas fruto da paralisação do processo em razão da inatividade da autoridade, mas também e não raro, decorrem da excessiva concentração da atividade em aspectos secundários da causa.”<sup>21</sup>

O problema da sobrecarga do Poder Judiciário vem sendo discutido com frequência nos últimos anos. Diversos estudos demonstram que o número de processos por habitante cresceu assustadoramente no Brasil, sem que isso importasse na consequente ampliação dos quadros do Poder Judiciário.<sup>22</sup>

Uma análise mais detida do assunto aponta a garantia do acesso à justiça como um dos principais fatores do aumento de ajuizamento de ações em nosso país<sup>23</sup>. Após a promulgação da Constituição de 1988,

---

21 NICOLITT, André Luiz, *A duração razoável do processo*, cit., p. 84.

22 “Durante a década em exame houve, em média, um processo para cada 31 habitantes. Esse índice sofreu grandes variações no período, indo de um processo entrado para cada 40 habitantes, em 1990, até um processo entrado para cada 22 habitantes em 1998 – o valor mais baixo nessa série de dados. Embora esses números refram-se a uma média e, como tal, escondam diversidades, eles revelam um ângulo precioso nesse ensaio fotográfico sobre a Justiça brasileira: trata-se de um serviço público com uma extraordinária demanda, e, ao que tudo indica, com uma procura crescente. O aumento no número de processos entrados no Judiciário é muito maior do que faria supor o crescimento da população. Enquanto a população no período cresceu 11,33%, a procura pela Justiça de 1º Grau aumentou 106,44% [...]” (ALVES JÚNIOR, Francisco, *O princípio da eficiência e o Poder Judiciário*, cit., p. 113, citando Maria Tereza Sadek Sadek).

23 Nesse sentido: “O que se pode e deve reconhecer é que o problema assume hoje em dia mais vultosas proporções, ou é percebido como mais grave. Para tanto concorre, entre outros fatores, a expansão constante da demanda de prestação jurisdicional – fenômeno para cuja manifestação a rigor bastaria o crescimento da população em todo mundo, mas que se vê magnificado pela proliferação de conflitos de interesses, corolário inevitável da complexidade cada vez maior das atividades econômicas e das relações sociais, e pela incessante expansão

foram editadas diversas leis com a finalidade de proporcionar o maior acesso possível do cidadão ao Poder Judiciário. Foram colocadas em prática todas as “ondas do acesso à justiça” lançadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.<sup>24</sup>

Ocorre, porém, que, embora a sobrecarga do Judiciário seja um fator importante na análise da delonga da prestação jurisdicional, não pode servir como muleta para a prática de omissões e desídias funcionais. O sistema deve encontrar mecanismos para solucionar o problema, através da elaboração de leis e criação de novos cargos.

Atento a essa realidade, o Poder Legislativo vem atuando ativamente na elaboração de leis tendentes a agilizar a prestação jurisdicional e a otimizar o serviço prestado pelo Poder Judiciário, através da melhoria de sua estrutura e da correta divisão de encargos. Nesse contexto, a Emenda Constitucional n. 45/2004 previu que o número de juízes na unidade jurisdicional deve ser proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (art. 93, XIII, da CF), que a distribuição dos processos seja feita imediatamente (art. 93, XV, da CF) e que a atividade jurisdicional se dê de maneira ininterrupta (art. 93, XII, da CF).

Não se pode olvidar, entretanto, que outros fatores podem colaborar para a ausência de prestação jurisdicional em prazo razoável e adequado, conforme mencionado acima.

Francisco Alves Júnior<sup>25</sup> lembra de algumas causas geradoras da ineficiência da prestação jurisdicional, dentre elas: ausência de aperfeiçoamento do magistrado; não utilização de mecanismos alternativos para a solução da lide; falta de credibilidade das decisões proferidas em 1º grau; escassez de recursos materiais e humanos.

---

da área em que a Justiça é chamada a atuar: temas como o da proteção do consumidor e o da defesa do ambiente não costumavam ser levados senão excepcionalmente à apreciação judicial, ao passo que agora respondem por parcela bastante ponderável do trabalho que os juízes têm de enfrentar no seu dia a dia. O Judiciário vê-se convocado a tentar solucionar uma série de problemas que tradicionalmente se deixavam aos cuidados da Administração Pública; e o fenômeno amplia-se a cada hora [...]”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369).

24 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, cit.

25 ALVES JÚNIOR, Francisco, O princípio da eficiência e o Poder Judiciário, cit., p. 107.

A utilização de mecanismos alternativos para a solução dos litígios e a credibilidade das decisões de 1º grau são situações que mereceram especial atenção doutrinária nos últimos anos. A primeira veio à tona principalmente com a lei que instituiu em nosso ordenamento jurídico a arbitragem, ao passo que a segunda foi apontada por muitos juristas como um dos fundamentos da extinção do reexame necessário.

Feitas essas considerações, e retomando a questão que aqui se abordava, cumpre lembrar que, diversamente do que se deu com os mecanismos alternativos de solução de conflitos, a falta de aperfeiçoamento dos integrantes do Poder Judiciário e a escassez de recursos humanos e materiais foram questões menos abordadas, mas que, nem por isso, deixam de se revestir de extrema importância.

Sobre a matéria, merecem destaque as palavras de Francisco Alves Júnior:

“Qualquer proposta de melhoria da eficiência judiciária não pode prescindir do exame sobre a figura central do juiz. Certamente que não se pode medir com dosimetria matemática a sua atividade, de cunho eminentemente intelectual e criativo. Entretanto, algumas posturas podem e devem ser observadas, resultando expressiva melhora na qualidade e rapidez da prestação jurisdicional.

Uma delas é a atenção que deve ser dada ao contínuo aperfeiçoamento do magistrado. Esta é a vontade constitucional emergente inclusive da menção expressa à segurança no ofício e estudo contínuo, como critérios para promoção por merecimento, *ex vi* do artigo 93, II, ‘c’ da Constituição Federal.

[...]

Logo se percebe o estrago que a acomodação intelectual do juiz pode gerar para a comunidade. Caso se deixe levar pela confiança exclusiva em seu particular bom senso, o juiz pode, pouco a pouco, e sem perceber, mergulhar em desconhecimento técnico incompatível com a expectativa da sociedade que ele julga.

Por outro lado, o rotineiro despachar de autos, sem maiores preocupações teóricas e humanistas, ao longo dos anos pode

transformar em ato mecânico, desprovido de cuidado e qualidade, ensejando erro judiciário [...].”<sup>26</sup>

As pesquisas apontam como principais fatores de falta de aperfeiçoamento dos magistrados o volume excessivo de processos e a grande preocupação com as estatísticas. Cria-se um ciclo vicioso, que só será quebrado a partir do momento que os juízes se conscientizarem que o aprimoramento é tão importante quanto a solução da lide e, em muitos casos, responsável pela sua rapidez.

Outro problema lembrado por alguns estudiosos<sup>27</sup> é a falta de experiência dos magistrados ao ingressarem na carreira. Argumentam que os concursos de ingresso da magistratura deveriam dar primazia para critérios mais consistentes, com a inclusão de aspectos vocacionais e de prática jurídica.

Atentos a essa crítica, os últimos concursos da magistratura do Estado de São Paulo demonstraram que a banca examinadora deu preferência para a elaboração de questões práticas, com o intuito de averiguar o bom senso e o conhecimento técnico dos candidatos.

Ultrapassado esse problema, resta a análise da escassez dos recursos humanos e materiais.

Os juízes, assim como grande parte do funcionalismo público, são obrigados a realizar uma série de tarefas pequenas, que nenhuma relação guardam com a jurisdição<sup>28</sup>, por ausência de profissionais contratados para tanto.

26 ALVES JÚNIOR, Francisco, O princípio da eficiência e o Poder Judiciário, cit., p. 115.

27 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 147.

28 “Também a análise dos atos incumbidos aos juízes mostrará que muitos podem caber a serventuário, no foro judicial e extrajudicial, máxime os escrivães e notários em geral – desde que a escolha de tais servidores recaia em pessoas comprovadamente idôneas e capacitadas. O Código e leis esparsas abrigam medidas atribuíveis a serventuários, como sucede em outros países, por exemplo, com o inventário, notificações ou comunicações em geral, que podem ser feitas por oficiais de registro de títulos e documentos, não precisam transcorrer em juízo. O processo de execução na Europa desenvolve-se, em boa parte, não diante do juiz e sim perante outros servidores ou o escrivão. Atividades administrativas incumbidas a magistrados também podem ser por outrem desempenhadas, para o juiz dedicar-se apenas à função precípua, sem dúvida a de julgar. Pense-se na ‘direção do fórum’ a transformar o magistrado em um misto de ecônomo e dona de casa, fiscal de goteiras, lâmpadas queimadas e quejandos.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. *Cidadania e Justiça*: revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 4, n. 8, p. 66, jan./jun. 2000.

Por óbvio, a realização dessas atividades demanda tempo, tempo esse que poderia ser dedicado à solução de causas complexas, à realização de audiências, ao estudo dos processos, enfim, à realização da atividade típica do Poder Judiciário.

Dessa maneira, mostra-se imperiosa a contratação de profissionais habilitados e bem treinados para a realização das atividades periféricas (ou, como preferem alguns, atividades-meio).

### **3.2.4 Importância do litígio para os demandantes e contexto no qual se desenvolveu o processo (critérios facultativos)**

Uma vez analisados os critérios obrigatórios, mencionados pela doutrina, deve-se passar ao estudo dos critérios facultativos mais relevantes, a saber: a importância do litígio para os demandantes e o contexto em que se desenvolveu o processo.

A importância do litígio pode ser aferida em abstrato ou em concreto, de acordo com os interesses das partes envolvidas.

No primeiro caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos apresenta uma relação das lides, de acordo com a relevância de seu conteúdo material: 1) processos penais; 2) processos sobre o estado e a capacidade das pessoas; 3) processos trabalhistas e de seguridade social; e 4) tipos residuais.

Por motivos óbvios, em comarcas que possuem um número grande de processos, os juízes devem dar preferência àqueles que tratam da liberdade individual, em especial aos processos com réus presos. Deve ser analisada, assim, a importância do direito material colocado em disputa.

Outrossim, como regra, as demandas coletivas preferem às demandas individuais, em razão de sua própria natureza e do número de interessados envolvidos.

Por fim, outro fator levado em consideração na aferição da duração excessiva do processo é o contexto no qual ele se desenvolveu. Algumas situações são capazes de interferir diretamente na aferição e solução do litígio. Como exemplo, pode-se mencionar o período de eleições, uma crise de energia elétrica, a greve do funcionalismo, um incêndio no prédio do fórum, enchentes que atingiram cidades de Santa Catarina, ameaças de resgate de presos etc.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos não tem demonstrado muita boa vontade em reconhecer esse fator como justificativa razoável na delonga do julgamento dos processos, mas procura levá-lo em consideração se o fator for conjuntural (e não meramente estrutural). Conforme já mencionado, o excesso de trabalho e o reduzido número de funcionários não podem servir de escudo para a demora na prestação jurisdicional.

### **3.3 Adoção de uma teoria mista: proposta de delimitação temporal de Henrique Garcia Pons na Espanha**

Inspirado nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e no Tribunal Constitucional da Espanha, Garcia Pons apresenta o período máximo de duração dos processos judiciais levando em consideração a natureza e a complexidade da causa.

Percebe-se, assim, que o jurista adota uma teoria mista, que se vale tanto do prazo fixo como dos critérios obrigatórios aqui analisados.

A seguir, apresenta-se uma relação do limite de duração dos processos, de acordo com a teoria de Pons:<sup>29</sup>

- Em matéria penal: a) processos sem complexidade e sem comportamento indevido do réu: cinco anos; b) processos complexos e/ou com comportamento indevido do réu: sete anos; c) período tolerável de paralisação do processo: um ano.
- Em matéria de estado e capacidade das pessoas: a) processos sem complexidade e sem comportamento indevido das partes: cinco anos e seis meses; b) processos complexos e/ou com comportamento indevido das partes: sete anos e seis meses; c) período tolerável de paralisação do processo: um ano e seis meses.
- Em matéria de trabalho e previdenciário: a) processos sem complexidade e sem comportamento indevido das partes: cinco anos e seis meses; b) processos complexos e/ou com comportamento indevido das partes: sete anos e seis meses; c) período tolerável de paralisação do processo: um ano e seis meses.
- Em matéria residual: a) processos sem complexidade e sem comportamento indevido das partes: seis anos; b) processos complexos

<sup>29</sup> NICOLITT, André Luiz, *A duração razoável do processo*, p. 90 e ss.

e/ou com comportamento indevido das partes: oito anos; c) período tolerável de paralisação do processo: dois anos.

Como se pode perceber pela leitura do quadro acima, o jurista confere prioridade ao julgamento dos processos penais, por envolverem restrição à liberdade individual.

Por mais estruturado que seja o raciocínio desse doutrinador, entretanto, a fixação de prazo para a solução da lide sempre apresenta dificuldades. A uma, porque é difícil generalizar o tempo de duração dos processos, em razão das particularidades do caso concreto. A duas, porque toda classificação pressupõe a existência de elementos de difícil e vaga definição.

Na hipótese, ao estabelecer um prazo limite para o julgamento da lide, o jurista espanhol se vale de critérios como a complexidade da causa e o comportamento das partes que, por si só, são capazes de ensejar discussões e divergências. Por óbvio, a natureza da causa não apresentará maiores problemas, uma vez que ninguém poderá alegar impossibilidade de se classificar uma demanda como de natureza penal ou previdenciária.

Dessa maneira, apesar da boa intenção da teoria de Pons, ela apresenta muitas das falhas da tese do prazo fixo, devendo ser encarada com bastante cuidado pelo intérprete da norma. O próprio criador da teoria alerta ser possível a ocorrência de violação à razoável duração do processo em prazos inferiores aos previstos, em virtude das particularidades de cada caso.

### **3.4 Dever de motivação das decisões judiciais**

Conforme já mencionado, a norma que prevê o direito à razoável duração do processo encerra um conceito jurídico indeterminado, abrindo duas soluções no sistema jurídico: o seu preenchimento pelo Poder Legislativo, por meio da edição de lei, ou o seu delineamento pelo Poder Judiciário, na solução do caso concreto.

Ainda que se admita que cabe ao Poder Judiciário apreciar o significado da expressão “razoável duração do processo” prevista no texto constitucional, alternativa que parece a mais adequada, esse Poder está longe de se apresentar ilimitado. A discricionariedade (se é que esse

termo pode ser utilizado, conforme já visto) conferida ao Poder Judiciário jamais pode se confundir com a arbitrariedade.

Dessa maneira, o magistrado, ao avaliar se determinada demanda foi apreciada em prazo razoável, passando necessariamente pelo preenchimento da expressão prevista na lei, deve se ater sempre aos critérios doutrinários e jurisprudenciais mencionados, motivando, da maneira mais minuciosa possível, a sua decisão.

O dever de motivação dos atos judiciais vem previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, sendo que a sua ausência pelo membro do Poder Judiciário é capaz de eivar o ato de nulidade.

Ao se analisar o dever de motivação das decisões judiciais, não se pode olvidar que houve uma mudança considerável no papel do Poder Judiciário nos últimos anos, assim como no conteúdo da lei. A lei não mais possui uma univocidade de sentido (como sonhado pelo iluminismo), sendo impossível se imaginar um magistrado que se limita a aplicar a norma ao caso concreto.

Nesse sentido, faz-se importante a lição de Ovídio A. Baptista da Silva:

“Se o texto deve ser compreendido pelo intérprete, sabendo que ele pode conter, na imensa maioria dos casos concretos, duas ou mais soluções possíveis e legítimas, a consequência será o reconhecimento de que a jurisdição jamais será apenas declaratória da única ‘vontade do legislador’; ou da ‘única’ vontade contida na lei.

A abertura do texto, permitindo que, hermeneuticamente, o interpretemos e os magistrados verdadeiramente ‘decidam’ – por isso que detentores de poder discricionário, decidindo-se entre as alternativas autorizadas pela norma – será transformá-los em juízes responsáveis.

Esta será uma profunda revolução em nossa compreensão do direito processual; uma profunda revisão de conceitos e, acima de tudo, uma revolucionária transformação do sistema.

Entretanto, a transformação paradigmática, da qual não nos é possível escapar, sob pena de renunciar ao direito, como instrumento superior de resolução de conflitos sociais, ao mesmo tempo em que permitirá resgatar a figura do juiz ‘responsável’ – oposto

ao juiz do sistema, que não comete injustiças, porquanto sua missão está limitada a declarar a injustiça da lei, determinará que o pensamento jurídico renuncie ao dogmatismo, para recuperar a função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega várias soluções jurídicas possíveis, para, enfim, mostrando que o texto e a norma não são a mesma coisa, reentronizar a retórica como ciência de argumentação forense, que o pensamento linear dos juristas geômetras do século XVII pretendeu eliminar do direito processual.”<sup>30</sup>

Dessa maneira, levando-se em consideração que o nosso sistema jurídico é aberto, pode-se concluir que a fundamentação completa é aquela em que o magistrado analisa todas as alternativas possíveis e aponta a mais adequada ao caso concreto, em linguagem passível de compreensão para os leigos.

Trazendo esses ensinamentos para o campo da celeridade processual, percebe-se que, apesar do conceito da “razoável duração do processo” abrir margem para a chamada “discrecionariiedade” do Poder Judiciário, isso não está a significar que o magistrado poderá agir como bem lhe aprouver. A exigência de motivação das decisões judiciais, imposta pela Carta Magna e pelo artigo 131 do Código de Processo Civil, limita a atividade jurisdicional, ao mesmo tempo que lhe empresta legitimidade.<sup>31</sup>

Em outras palavras, em prol dos preceitos trazidos pelo Estado Democrático de Direito, cabe ao magistrado trazer os motivos que o

---

30 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 465.

31 Nesse sentido: “Também ligada ao pressuposto político da necessidade de controle das atividades do juiz é a exigência constitucional de motivação das sentenças e demais atos jurisdicionais (Const., art. 93, inc. IX). A regra do livre convencimento dá ao julgador a prerrogativa de valorar os elementos probatórios do processo segundo sua própria inteligência e sensibilidade, sem estar vinculado a critérios legais que predeterminassem o valor de cada meio de prova ou, menos ainda, o de cada prova em concreto (CPC, art. 131). Além disso, a ampla independência funcional do juiz deixa-o livre para tomar as suas próprias decisões, sem imposições nem influências de outras pessoas ou órgãos, mesmo dos órgãos superiores da própria magistratura. Para conferir racionalismo e legitimidade para toda essa independência de que goza o juiz, é preciso exigir que preste contas do que decide, explicitando as razões pelas quais chega às conclusões adotadas [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo Malheiros, 2002. v. 1, p. 241).

levaram a decidir de determinada maneira, quando o próprio sistema permitia que agisse de modo oposto, ou, ao menos diverso, analisando, de maneira detalhada, os critérios colocados pela doutrina, pela jurisprudência e pelos costumes e práticas sociais.

No caso de eventual descumprimento do princípio da celeridade, o magistrado deverá analisar todos os critérios aqui mencionados e indicados pela doutrina e pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, uma vez que, para o desgosto dos legalistas, a norma não traz o conteúdo do princípio constitucional.

Ainda que a lei trouxesse, de maneira expressa, todos os critérios que o intérprete deveria analisar para decidir acerca do descumprimento da razoável duração do processo, ou, ainda mais importante, para agir de acordo com o preceito constitucional, não seria dispensável a motivação da sua decisão. Isso porque, assim como a celeridade, a motivação se mostra como direito fundamental do indivíduo a um processo “justo”. O simples fato de a lei indicar o conteúdo do princípio constitucional não exime o magistrado de fundamentar a sua decisão, até porque nenhum princípio constitucional possui caráter absoluto, podendo sofrer modulações pelo Poder Judiciário.

Em suma, a motivação da decisão judicial servirá como limite da liberdade de atuação do magistrado e garantia do contraditório, quer para aqueles que defendem a teoria do prazo fixo, quer para os que sustentam a inadequação da fixação de prazo para a solução do litígio, sendo insubsistente a crítica de que a abrangência do conteúdo do princípio da celeridade violaria a segurança jurídica. A fundamentação dos atos judiciais, em geral, evita que o Poder Judiciário cometa qualquer tipo de arbitrariedade e deixa claro aos litigantes as razões de seu agir.

#### **4 A responsabilidade civil do Estado**

Uma vez ultrapassadas as questões da evolução e do conteúdo do princípio da celeridade, resta analisar quais serão as consequências do seu não cumprimento pelo Estado-juiz.

Nos tópicos anteriores, ficou assentado que o atraso na prestação jurisdicional pode advir do comportamento das partes, fato que acarreta a imposição de diversas penalidades legais pelo magistrado.

A responsabilidade do Estado pela prática ou omissão de atos judiciais, entretanto, por não se tratar de assunto pacífico na jurisprudência e na doutrina e, sobretudo, por envolver o comprometimento dos cofres públicos, merece um tratamento mais detido.

#### 4.1 Notas introdutórias

A responsabilidade do Estado evoluiu da teoria da irresponsabilidade total<sup>32</sup>, vigente na fase absolutista, para a teoria da responsabilidade objetiva, baseada no princípio do enriquecimento sem causa e na aceitação do risco da atividade. Na fase de transição, vigorou entre nós a responsabilidade subjetiva do Estado, cabendo ao interessado a comprovação do dolo ou culpa do agente público causador do dano.<sup>33</sup>

A admissão da responsabilização do Estado por danos causados por seus agentes apresenta-se como consequência da previsão do Estado de Direito e do princípio da igualdade.

Atualmente, a responsabilidade civil extracontratual do Estado vem prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Conforme se percebe pela leitura desse dispositivo, duas regras nele estão compreendidas: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário público.

A delimitação do alcance da responsabilidade objetiva, entretanto, não é questão pacífica entre os doutrinadores.

---

32 “A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutistas e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela de direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e de o que ‘aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei’ (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível do súdito, em desrespeito a sua soberania.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 525).

33 Ver o teor do artigo 15 do Código Civil de 1916.

Sobre a matéria, merecem destaque os ensinamentos de Yussef Said Cahali:

“Rigorosamente, a responsabilidade objetiva tende a se basar com o simples nexos de causalidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo; a aceitação incondicionada da teoria da responsabilidade objetiva, bastando-se com identificação do vínculo etiológico – atividade do Estado, como causa, e dano sofrido pelo particular, como consequência –, eliminaria *a priori* o exame de qualquer coeficiente de culpa na conduta do funcionário, ou de culpa anônima decorrente da falha da máquina administrativa, investindo a culpa de presunção absoluta, *juris et de jure*, portanto invencível e sem possibilidade de qualquer contraprova; nem mesmo a teoria do risco criado, do risco-proveito, seria com ela compatível, na medida em que simplesmente tornaria relativa aquela presunção de culpa, fazendo-se presumida *juris tantum*, para simplesmente liberar o lesado da produção da respectiva prova, com a transferência para o Estado da prova de fatos excludentes da responsabilidade.

Cedo, porém, se aperceberam os doutrinadores de quanto seria equivocada a admissibilidade da responsabilidade objetiva nessa amplitude.

Dá as várias teorias tendentes a fundamentar o sistema da responsabilidade objetiva adotada pelo direito brasileiro, buscando com isso atenuar as consequências de uma concepção objetivista levada a extremos.

Pedro Lessa sintetiza os três sistemas de responsabilidade em direito público: 1) teoria do risco integral, ou por causa do serviço público; 2) teoria da culpa administrativa; 3) teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público.

[...]

Não se pode negar que a teoria do risco integral é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva, já que se esgota na simples verificação do nexos de causalidade material: o prejuízo

sofrido pelo particular é consequência do funcionamento (regular ou irregular) do serviço público.”<sup>34</sup>

Ao comentar as teorias da culpa administrativa e do acidente administrativo, esse autor esclarece que, de alguma forma, busca-se a inserção do elemento subjetivo na responsabilidade objetiva do Estado. Na primeira, exige-se a comprovação da atuação culposa do agente, ao passo que na segunda faz-se necessária a demonstração da falha do serviço. O elemento subjetivo recai ora na pessoa do agente público causador do dano, ora no próprio serviço. Transporta-se a culpa do direito privado para o campo publicístico.

Vale lembrar, porém, que, diversamente do posicionamento acima transcrito, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>35</sup> defende que a responsabilidade pela falta do serviço não é modalidade de responsabilidade objetiva, exigindo a comprovação de culpa ou dolo do agente.

Seja qual for a teoria adotada pelo aplicador do direito ou o enquadramento dessa teoria nas modalidades subjetiva e objetiva de responsabilidade civil, pode-se afirmar que a aplicação da regra contida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal depende do preenchimento dos seguintes requisitos: I) que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público (não se enquadram na norma as entidades da Administração indireta que executam atividade econômica); II) que terceiro sofra dano em decorrência da prestação do serviço público; III) que o dano seja causado por agente público, havendo divergência doutrinária a respeito do alcance deste conceito; e IV) que o causador do dano esteja no exercício de suas funções.

Uma vez preenchidos todos esses pressupostos, o interessado pode ajuizar ação de indenização em face do Estado que, por sua vez, tem o direito de ajuizar ação de regresso contra o causador do dano, desde que comprove que ele agiu com dolo ou culpa.

Não restam dúvidas quanto à natureza subjetiva da responsabilidade do agente público. Discute-se, porém, a possibilidade de o Estado

---

34 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 32-33.

35 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 988-989.

promover a denúncia da lide do funcionário público, nos mesmos autos da ação de indenização movida pelo terceiro prejudicado, dispensando-se o ajuizamento de uma ação autônoma.

A divergência central entre os estudiosos encontra seu fundamento na admissibilidade ou não de introdução de fato novo por meio da denúncia da lide, com a consequente ampliação dos seus limites objetivos.<sup>36</sup>

Atento à sistemática vigente, o Superior Tribunal de Justiça vê por bem admitir a denúncia da lide nas ações de indenização contra a Fazenda Pública, sob a alegação de respeito à economia processual, conforme se verifica pelas decisões abaixo colacionadas:

“Processual Civil – Responsabilidade civil da Administração Pública – Direito regressivo – Artigo 70, III, do Código de Processo Civil – Denúncia da lide do agente público – Possibilidade. Princípio da economia processual.

1. O Estado responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sua responsabilidade é objetiva, independe de dolo ou culpa. O agente público causador do dano, por sua vez, indeniza regressivamente a Administração Pública.

2. Em virtude do direito de regresso existente entre o Estado e o funcionário de seus quadros, é admissível a denúncia da lide, com arrimo no artigo 70, III, do Código de Processo Civil, para que o servidor causador do dano integre a relação processual na condição de litisdenunciado.

3. Recurso especial conhecido e provido. Decisão unânime.” (STJ – REsp n. 156.289/SP, 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 29.04.1999, *DJ*, de 02.08.1999, p. 143).

36 No sentido de não admissibilidade da denúncia da lide pelo Estado do Rio Grande do Sul, a seguinte decisão: “Agravo de Instrumento – Ação de reparação de danos. Responsabilidade civil do Estado. Denúncia da lide ao servidor. Descabimento. Descabida a denúncia da lide ao servidor público, tendo em vista que a primeira relação jurídica fundamenta-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária, o que comprometeria o princípio da celeridade na prestação jurisdicional. Caso em que o direito de regresso deverá ser exercido em ação autônoma. Agravo desprovido.” (TJRS – AI n. 70008323032, 6ª Câmara Cível, rel. Cacildo de Andrade Xavier, j. 05.05.2004).

“Processual Civil – Responsabilidade civil do Estado. Denúnciação da lide. Artigo 70, III, do Código de Processo Civil. Direito regressivo (art. 37, § 6º, da CF). Hipótese de cabimento.

I- Acionado o Estado, para indenizar dano causado por funcionário dos seus quadros, estará este obrigado a responder, via ação regressiva, pelo prejuízo provocado, se configurado dolo ou culpa (art. 37, § 6º da CF).

II- É admissível a denúncia da lide, na hipótese prevista no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil, quando o litisdenunciado estiver obrigado, por lei ou contrato, a indenizar o litisdenunciante, em ação regressiva. Precedentes.

III- Recurso a que se nega provimento, sem discrepância.” (STJ – REsp n. 23.453/SP, 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 09.11.1994, DJ, de 28.11.1994, p. 32.569).

Feitas estas considerações introdutórias, passa-se à análise da responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário.

#### **4.2 Responsabilidade do Estado por atos judiciais**

A responsabilização do Estado pela prática de atos judiciais não possui aceitação pacífica na doutrina e na jurisprudência, em razão da ausência de norma expressa no ordenamento jurídico.

Muitos sustentam que a regra contida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal não se aplica aos Poderes Legislativo e Judiciário, por estar inserida no capítulo que trata dos princípios da Administração Pública.

Além do argumento puramente formal, outras assertivas foram levantadas em favor da tese da irresponsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais, a saber:<sup>37</sup>

- o caráter soberano do Poder Judiciário;
- a independência dos magistrados;
- a não inserção dos juízes na categoria de funcionário público;

---

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 533.

- a violação imutabilidade da coisa julgada, uma vez que a indenização em razão da prática de ato judicial implicaria no reconhecimento de que a decisão foi proferida em desrespeito da lei.

Apesar de louváveis esses argumentos, a maioria da doutrina os afasta, como se verá a seguir.

Primeiramente, alega-se que o Poder Judiciário não pode ser considerado soberano<sup>38</sup>. Assim como os Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário deve respeito à Constituição Federal.

Da mesma maneira, não entendem os juristas que o argumento da independência dos magistrados seja bastante para afastar a responsabilidade do Estado porque, caso assim fosse, evitar-se-ia a responsabilização pessoal dos juizes (como ocorre na Alemanha, França Polônia e Áustria), e não a do Estado.

Ademais, afirma a doutrina que, ainda que não se considere o magistrado como funcionário público, não há como negar que ele se inclui na categoria de agentes públicos, mencionada pelo artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

O argumento mais subsistente em favor da teoria da irresponsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais, de acordo com a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>39</sup>, é o da ofensa da coisa julgada. No entanto, a mesma autora lembra que:

“O fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança

38 Nessa linha de raciocínio já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “Em princípio, é necessário distinguir entre os atos típicos do Poder Judiciário, consubstanciados nos seus proventos e decisões, e as execuções ou atos materiais levados a efeito pelos agentes, meios e modos pertinentes, no amplo espectro do serviço judiciário. Não há dúvida de que, no tocante àqueles atos típicos da jurisdição, não se pode desenvolver a responsabilidade civil do Estado a partir dos danos que deles resultem. O pensamento dominante é o de que, em se tratando de exercício de atos de soberania, a igual da irresponsabilidade do legislador, não poderia resultar a responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí consequentes. Cumprindo ao juiz aplicar a lei ao caso, segundo a sua convicção interior, como meio de realização do próprio ordenamento jurídico, daí não se pode tirar razão alguma para reparar os seus efeitos, pois seria a negação dos próprios princípios. Poucas são as vozes que se opõem à tese, mesmo porque, do contrário, se comprometeria a nímia liberdade interior do ato de julgar. Esse é o entendimento que tem prevalecido no STF (RE n. 69.568 70.121, RTJ 59/782 e 64/689).” (STF – 1ª Turma, rel. Rafael Mayer, j. 25.03.1980, RTJ 94/423).

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 534-535.

na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.”

Após uma análise desses argumentos, Cretella Junior faz uma síntese de todos os fundamentos que ensejam a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais:

“a) a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por danos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes; c) o magistrado é órgão do Estado; ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível); ou na qualidade de réus (crime); e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas, se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de consequências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provados o dano e o nexo causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica de aparelhamento judiciário, ora no risco integral, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.”<sup>40</sup>

40 CRETILLA JUNIOR, José. Responsabilidade do estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

A leitura desses ensinamentos deixa claro que Cretella Junior entende possível a responsabilização do Estado pela prática de atos judiciais, com fundamento na regra prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Apesar de todas as considerações doutrinárias expostas, a jurisprudência adotou a tese restritiva, admitindo a responsabilidade direta e objetiva do Estado pela prática de atos judiciais somente nas hipóteses previstas expressamente na Constituição Federal, a saber: a) erro judiciário em condenação penal (art. 5º, LXXV, da CF), com as ressalvas previstas no artigo 630 do Código de Processo Penal; e, b) quando o condenado ficar preso por prazo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV, da CF).

Em outras palavras, os nossos tribunais só admitem a responsabilidade do Estado pela atuação de membros do Poder Judiciário na esfera penal e para decisões definitivas, condenatórias, objeto de revisão criminal. Não admitem a responsabilidade estatal por atos, de qualquer natureza, praticados na esfera cível.

Neste compasso, merecem destaque as decisões de nossos tribunais:

“Responsabilidade Civil do Estado – Ato judicial típico. Privação da posse de bem móvel. Afastamento da obrigação indenizatória. Por atos tipicamente jurisdicionais, o Estado se responsabiliza quando houver erro judiciário ou em casos de excesso de cumprimento de pena, hipóteses expressamente previstas pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LXXV. A regra do artigo 37, parágrafo 6º, de natureza geral, é aplicável a toda a Administração Pública, inclusive ao Judiciário, somente quando no exercício de atividade meramente administrativa. O ato judicial que priva dos bens arrendados o devedor da obrigação de arrendamento mercantil, em execução tumultuada em que se tornou evidente o inadimplemento, não tem o condão de caracterizar conduta lesiva do Estado apta a gerar sua responsabilização por supostos danos materiais, sobretudo quando não evidenciado o indevido exercício da atividade jurisdicional por dolo ou má-fé do magistrado.” (TJMG – Processo n. 1.0024.05.699385-0/001(1), rel. Maria Elza, j. 17.05.2007).

“Responsabilidade Civil do Estado – Pleito indenizatório pelo decreto de prisão civil do autor-apelante, exarado por magistrado

cuja jurisdição já se encerrara. Equivocada fundamentação em normas de caráter geral (art. 15 do CC de 1916 e art. 37, § 6º, da CF). Não caracterização do erro judiciário que dá azo à indenização. Os atos judiciais, afora as exceções do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, e do artigo 133, do Código de Processo Civil, não geram danos passíveis de indenização. Doutrina e jurisprudência. Apelo improvido.” (TJRS – AC n. 70005364351, 10ª Câmara Cível, rel. Luiz Lúcio Merg, j. 11.09.2003).

“Responsabilidade Civil – Atos de polícia – Atos judiciais – Não ensejam responsabilidade civil os atos lícitos praticados pelo Estado cujo núcleo implica, por si mesmo, no sacrifício do direito de alguém, como são exemplos a prisão em flagrante, persecução penal legitimamente procedida ou o encarceramento de quem foi condenado – Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal – Inaplicabilidade – Atos policiais e judiciais podem, em tese, gerar a obrigação de indenizar quando evidenciada a culpa do serviço – Hipótese de responsabilidade subjetiva – Exigência de demonstração de dolo ou culpa, que não está inserida no risco administrativo – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido.” (TJSP – AC n. 209.341-5/8-00/Santo André, 10ª Câmara de Direito Público, rel. Torres de Carvalho, j. 16.02.2006, v.u.).

A leitura dessas decisões colacionadas comprova que nossos tribunais, de maneira geral, não admitem a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais, a não ser, excepcionalmente, nas hipóteses previstas na Constituição Federal e na lei ordinária.

A regra, diversamente do que ocorre em outros países, em razão da necessidade da preservação da independência funcional dos integrantes do Poder Judiciário, é a da responsabilidade pessoal dos magistrados, nos casos de dolo ou fraude. Em outras palavras, pode-se afirmar que vigora em nosso sistema a regra da responsabilidade subjetiva dos juízes.

Para melhor esclarecimento da matéria, faz-se importante transcrever o artigo 133 do Código de Processo Civil:<sup>41</sup>

---

41 Ver também o artigo 46 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35/1979).

“Artigo 133 - Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias.”

Apesar da clareza desse dispositivo legal, a responsabilização pessoal dos magistrados não é prática comum, uma vez que o elemento subjetivo demanda a realização de prova, nem sempre possível de ser realizada.<sup>42</sup>

Nos dizeres de Paulo Modesto: “A responsabilização exclusivamente pessoal do magistrado facilmente se converte em irresponsabilidade: além da dificuldade na demonstração da culpa pessoal do magistrado, dificilmente os autores encontrarão nos magistrados um patrimônio solvente, capaz de suportar indenização de monta.”<sup>43</sup>

Recentemente, com o intuito de solucionar os problemas mencionados pela doutrina, foi apresentada ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional n. 96/92, também conhecida como Refor-

42 Nesse sentido, veja-se a jurisprudência: “Os juízes não são responsáveis pelos danos ocasionados em virtude do erro praticado, salvo nos casos previstos no artigo 121 do Código de Processo Civil. E o Estado não responde, como é pacífico, pelos atos dos magistrados decorrentes do exercício da função judicante, salvo exceções legais. O autor se queixa que teve prejuízos porque o juiz deferiu a expedição, contra si, do mandado liminar de reintegração de posse, sem observar determinado requisito (audiência). Evidentemente, não se pode responsabilizá-lo por possíveis danos decorrentes, e tampouco ao Estado, tanto mais quando o ataque à orientação do magistrado não é de todo procedente. De qualquer forma, praticou ele um ato para o qual tinha competência. Se se pudesse responsabilizar os julgadores quando não acertam, ninguém aceitaria o encargo; o exercício da judicatura não seria possível.” (TJSP – j. 10.04.1962, RT 338/168); “Apelação Cível – Erro judiciário não configurado. Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional. Inocorrência. Decreto de prisão provisória. Alimentos. Segundo entendimento majoritário, somente é possível a responsabilização do Estado no exercício da jurisdição quando agir o julgador com dolo, fraude ou culpa grave, o que não se verifica no caso em apreço. Inaplicabilidade da responsabilidade objetiva em relação ao autor de um ato jurisdicional típico. Inteligência dos artigos 5º, LVVV, 37 e parágrafo 6º, da Constituição Federal, e 133 do Código de Processo Civil. Apelo improvido.” (TJRS – AC n. 70024555195, 10ª Câmara Cível, rel. Luiz Ari Vessini de Lima, j. 27.11.2008).

43 MODESTO, Paulo. Responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

de Emenda Constitucional n. 96/92, também conhecida como Reforma do Poder Judiciário, que trazia em seu artigo 95, parágrafo 4º, a possibilidade de responsabilização dos Estados por atos judiciais, nos seguintes termos: “A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo.”

Yussef Said Cahali<sup>44</sup> traz os comentários do então deputado Nelson Jobim, acerca da inclusão no artigo 95, da Constituição Federal, da regra da responsabilidade do Estado por atos judiciais:

“Estamos propondo, com a inclusão do novo parágrafo no artigo 95 do texto constitucional, a instituição da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por juízes, no exercício de suas funções, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou fraude. Parece-nos que já seja tempo de afastar, entre nós, a tese da irresponsabilidade do Estado pelos atos dos juízes, predominante ainda hoje tanto na doutrina quanto na jurisprudência firmada nos Tribunais. Esta a lição do Desembargador e Mestre Ruy Rosado de Aguiar Junior, em elucidativo estudo sobre o tema, publicado na *Revista da Universidade de Direito do Rio Grande do Sul*: ‘Nos últimos anos está surgindo movimento vigoroso a favor da ampliação da do conceito (responsabilidade civil do Estado por atos dos juízes), por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica. Do ponto de vista político, porque a marcha para a plena realização do Estado de Direito – aspiração que a todos deve orientar – impõe a gradual extinção da ideia de irresponsabilidade, quando resquício de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para manutenção de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado moderno, democrático, igualitário e solidário. Juridicamente, porque o ato estatal praticado através do juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar uma vez presentes os requisitos. Isto é, o Estado-juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade,

44 CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, 2. ed., 1995, cit., p. 594-595.

causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente [...]”

Apesar dos esforços doutrinários, o texto da reforma não foi aprovado, sendo editada a Emenda Constitucional n. 45/2004 sem a inclusão da regra da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais.

A ausência de previsibilidade constitucional, por si só, não fez com que grande parte da doutrina deixasse de insistir na possibilidade de responsabilização do Estado por atos judiciais, sob o fundamento da aplicabilidade da regra contida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal para os atos dos três poderes do Estado.

### **4.3 Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**

A Emenda Constitucional n. 45/2004 previu, de maneira expressa, a necessidade de os processos judiciais e administrativos serem solucionados dentro de um prazo razoável.

Não restam dúvidas quanto à aplicabilidade imediata do princípio constitucional em questão, não havendo que se falar na exigência de edição de lei para a sua incidência.

Vimos que a delonga na prestação jurisdicional pode se concretizar em razão da complexidade da causa, da conduta das partes e da atuação dos membros do Poder Judiciário.

Como já frisado, a conduta das partes, caso extrapole os limites da ampla defesa e da boa-fé, deverá ser apenada por meio das sanções previstas no Código de Processo Civil, sobretudo nos dispositivos que tratam da litigância de má-fé.

Do mesmo modo, a demora na solução do litígio em virtude da complexidade da causa é plenamente justificável, não podendo ensejar qualquer tipo de penalidade ao julgador ou ao Estado.

A atuação dos órgãos do Poder Judiciário, por outro lado, desde que irregular e causadora de danos aos interesses das partes ou terceiros interessados, *pode* levar à responsabilização civil do Poder Público.

Como vimos no item anterior, a jurisprudência admite a responsabilização do Estado pela prática de atos judiciais apenas na esfera penal,

nos casos expressamente previstos na Constituição Federal, ao passo que a doutrina tende a admitir a responsabilidade do Estado pelos atos do Poder Judiciário de maneira abrangente, nos moldes do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Ora, para os estudiosos que defendem a tese da responsabilidade do Estado pela prática (comissiva ou omissiva) de atos judiciais, não restam dúvidas quanto à possibilidade de ajuizamento de ação de indenização contra o ente público em virtude da demora na prestação jurisdicional.

A responsabilidade civil de que trata este tópico, na maioria das vezes, se dá em virtude de um comportamento omissivo dos membros do Poder Judiciário, que deixam de adotar todas as medidas cabíveis, tendentes à rápida e eficaz solução do litígio.

Como não poderia deixar de ser, a responsabilidade do Estado pela prática de atos omissivos já foi objeto de diversos debates doutrinários. Parte dos estudiosos sustenta que a responsabilidade por omissão se sujeita ao regime da responsabilidade subjetiva, ao passo que outra parte defende a aplicabilidade do regime da responsabilidade objetiva.

O maior defensor da responsabilidade subjetiva do Estado pela prática de atos omissivos, na atualidade, sem sombra de dúvidas, é Celso Antonio Bandeira de Mello. Sobre o tema, merecem destaque os ensinamentos:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o evento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que

não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que a constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”<sup>45</sup>

Em sentido oposto, João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão defendem, na mesma linha de raciocínio de Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Yussef Said Cahali<sup>46</sup> e outros, a responsabilidade objetiva do Estado pela prática de atos omissivos, nos seguintes termos:

“A Constituição Federal, no artigo citado, não diferenciou as duas condutas, quando poderia perfeitamente fazê-lo. Assim, o vocábulo ‘causarem’, do aludido dispositivo, deve ser lido como ‘causarem por ação ou por omissão’.

Entender-se que o legislador brasileiro, muito bem informado, à época, da evolução do instituto, teria recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, retroagindo no que tange à omissiva, aos tempos da culpa civilística ou da *faute du service*, seria demasiado. Aliás, a responsabilidade objetiva já vinha consagrada no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1946. Por que então o legislador constitucional, ao invés de avançar, teria preferido recuar, distinguindo as duas condutas? Qual o fundamento, legal e político, para a distinção?

[...].

Pretendeu-se com toda a evolução da responsabilidade do Estado evitar que o lesado tivesse de provar a culpa do agente, nem sempre – e quase nunca – isso é um exercício fácil. Por que o legislador, cômico dessa evolução, teria marchado em ré? Especialmente quando ele mesmo, legislador constitucional, previu a responsabilidade objetiva, como o mesmo desiderato, para

45 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 988-989.

46 “De nossa parte, temos sustentado- divergindo da orientação jurisprudencial dominante- que deve o Estado responder civilmente pelos danos causados pela excessiva morosidade no desempenho da atividade jurisdicional, pela incompetência ou desleixo de alguns magistrados.” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 513).

questões relacionadas com o meio ambiente e com os direitos do consumidor? Implica, tal conclusão, um contra-senso. Porque, na omissão, em regra, é muito mais difícil a prova da culpa.”<sup>47</sup>

Atento às divergências doutrinárias expostas, e com o intuito de encontrar um ponto de equilíbrio, Marçal Justen Filho acolheu a tese de que a responsabilidade do Estado por atos omissivos pode ser subjetiva ou objetiva, a depender da existência do dever de agir do Poder Público. Nesse sentido:

“As hipóteses de dano derivado de omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos. Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há casos em que a norma proscree certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio).

Os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera presunção de formação defeituosa da vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente a sua própria vontade – a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme o direito e por ele autorizada.

O grande problema são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência. É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes

47 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, p. 53, out./dez. 2003.

para impedir esse dano era de competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil.”<sup>48</sup>

Um estudo aprofundado da jurisprudência demonstra que a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado pela prática de atos omissivos, com base na falta ou ineficiência do serviço, defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello, foi adotada, de maneira majoritária, por nossos tribunais. Veja-se:

“Apelação Cível em Reexame Necessário. Responsabilidade do Estado. Omissão do Poder Público. Falta do Serviço. *Faute du service*. Responsabilidade subjetiva. Danos morais. Retomada de terras indígenas. A responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, aplica-se frente a situações comissivas praticadas pelo agente público, ou pelas pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos. Estando-se diante de omissão do Poder Público, aplica-se a responsabilidade subjetiva, fazendo-se necessário o exame da culpa, ou do dolo. Caso em que os requerentes pretenderam obter indenização por danos morais decorrentes da forma agressiva com que populações indígenas reivindicaram terras que lhes pertenciam, por força do artigo 231, parágrafo 6º, da Constituição de 1988, não tendo sido a atuação estatal suficiente no que tange ao dever de zelar pela segurança pública. Apelação do réu em reexame necessário provida. Apelo dos autores desprovido.” (TJRS – ApelReexNec n. 70016976938, 5ª Câmara Cível, rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 30.05.2007).

“Apelação Cível – Ação de indenização danos materiais e morais – Queda em vala aberta por obra da Copasa MG – Omissão da Companhia de Saneamento – Responsabilidade subjetiva – Danos materiais – Comprovação – Danos morais – Fixação do *quantum*. Para a configuração da responsabilidade do Estado, necessária a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de

48 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 956.

causalidade, sendo que, no caso de ato omissivo, também é prescindível a comprovação de que a Administração estava obrigada a impedir o prejuízo causado a terceiros. Restando caracterizada a omissão da Companhia de Saneamento de Minas Gerais como causa do evento danoso, em face de sua negligência ao deixar vala aberta em via pública sem qualquer sinalização, exsurge a responsabilidade de pagamento dos danos materiais e morais experimentados pelos autores, já que configurados o elementos atinentes à responsabilidade civil. O valor arbitrado para indenização por danos morais deve levar em consideração o grau de culpa, a omissão e a capacidade econômica do infrator, além da gravidade do dano e as consequências advindas e o sofrimento suportado pela vítima.” (TJMG – Apelação n. 1.0433.06.174837-5/001(1), rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ, de 15.01.2009).

Trazendo todas essas conclusões para o campo da responsabilidade do Estado pela delonga da prestação jurisdicional, pode-se afirmar que a tendência de nossos tribunais é exigir a comprovação do elemento subjetivo (culpa do agente ou do serviço público) para eventual condenação do Poder Público ao pagamento de perdas e danos. Nesse sentido:

“Disso resulta que a licitude que rende ensejo à responsabilidade objetiva, resultante do risco da atividade administrativa, não se coaduna com a responsabilidade por conduta omissiva, que pressupõe culpa (*rectius* ilícito). José Joaquim Gomes Canotilho, em obra antiga, dedicada à discussão do tema da responsabilidade do Estado por ato lícito à luz do ordenamento da época, considera que a necessidade de apuração de culpa na conduta do agente estatal tem como pressuposto a aplicação do direito privado e que a teoria do risco administrativo somente se verifica na seara da atividade lícita do Poder Público.

O mesmo autor afirma que a Administração Pública não poderia ser responsável independentemente da averiguação de culpa, em qualquer hipótese, a menos que se considere – hipótese inaceitável – a máquina estatal e todas as suas ramificações como excepcionalmente perigosa, tornando indenizáveis situações que não se enquadram como típicas de risco ou de perigo.

Nesse espectro, diante do vago conceito de ‘razoável duração’, ficaria difícil, senão impossível, localizar o ilícito de modo concreto

de modo a erigi-lo a um dever legal cuja omissão no cumprimento poderia deflagrar o direito reparatório [...].”<sup>49</sup>

Nessa linha de raciocínio, faz-se importante a transcrição da seguinte jurisprudência:

“Ação indenizatória. Demora do Estado em dar prestação jurisdicional pedida. Somente se previsto algum dos requisitos previstos no artigo 133 do Código de Processo Civil e 49 da LOMAN haveria responsabilidade do Estado e sua consequente obrigação de indenizar, nunca a simples demora.” (TJRJ – AC n. 1998.001.06768, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Lúcio Cruz, j. 12.11.1998).

“A morosidade do Judiciário tem sido a preocupação inclusive do Poder Legislativo, que na medida do possível tem criado algumas alternativas nesse sentido, como os Juizados Especiais. Também o Judiciário tem-se preocupado com essa questão, adotando inúmeras medidas para solucionar o problema. Enfim, se as demandas não tramitam em um prazo considerado ideal ou mesmo razoável, isso certamente não se deve a uma atitude negligente do Judiciário. No caso concreto, a demora está dentro da média aceitável e não se pode sequer cogitar de negligência por parte do Judiciário do Trabalho. A estrutura ainda está muito longe do ideal, mas não se pode confundir contingência, circunstância, com indolência, negligência, desídia. Infelizmente, a morosidade do Judiciário é um fato, mas todas as alternativas estão sendo praticadas para que a realidade mude.” (Trecho do voto da no TRF 4ª Região – AC n. 20024010251920/RS, 3ª Turma, rel. Marga Inge Barth Tessler, DJU, de 12.02.2003).

Divergindo desse entendimento, José Augusto Delgado<sup>50</sup> sustenta a responsabilidade objetiva do Estado pela demora na prestação jurisdicional, por entender que se trata de um serviço público imperfeito, devendo ser aplicada a regra prevista no Código de Defesa do Consumidor.

49 CIANCI, Mirna. A razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). *Processo civil: análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS, 2008. p. 255-256.

50 DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 153, p. 259, jul./set. 1983.

Vale ressaltar, porém, que, seja a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional caracterizada como subjetiva ou como objetiva, é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente público e o dano sofrido pela parte interessada. Assim como ocorre no campo do direito privado, sem a demonstração cabal do liame causal, não há que se falar em responsabilidade civil.<sup>51</sup>

Sobre a matéria, a jurisprudência:<sup>52</sup>

“Se a parte se vale de todos os meios processuais colocados à sua disposição, utilizando-se de recursos, não pode, sem prova contundente, alegar que a morosidade na solução da lide se deu por má prestação do serviço jurisdicional. Não há prova do nexo de causalidade, espera do autor pela solução da lide e o derrame cerebral por ele sofrido (TRF 3ª Região – AC n. 96030498041/SP, 3ª Turma, Des. Baptista Pereira, DJU, de 28.03.2001),).

“Havendo, em tese, dano ao particular decorrente de ato comissivo ou omissivo de agentes do Poder Público, surge a possibilidade de indenização patrimonial, isentando-se, porém, o Estado de repará-lo quando provocado por culpa exclusiva da parte. Caso em que o alegado prejuízo tido pela parte pelo retardamento dos procedimentos judiciais decorreu de sua própria omissão, não havendo que se falar em falta de serviço público. Sentença confirmada. Apelo improvido.” (TJRJ – AC n. 1998.001.09874, 16ª Câmara Cível, Jayro S Ferreira, j. 19.01.1999).

“Sentença prolatada extemporaneamente beneficiando o demandado que desapareceu, tornando inviável a execução de

---

51 “Há que se ter em conta, entretanto, que o dano decorrente de provimento jurisdicional deve ser verificado, apurado e mensurado tendo em conta a sua efetividade e seu caráter lesivo ao patrimônio ideal do titular da pretensão ressarcitória. Para tanto, a simples sucumbência, caracterizada pelo provimento desfavorável quanto à pretensão exposta no processo em que se deu o dano, não basta, e mais do que isso, deve ser afastada como fundamento.” (HENDGES, Carla Evelise Justino. A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 5, p. 44, 2008. Disponível em: <[http://www.ajufers.org.br/revistas/rev05/revista\\_05.pdf](http://www.ajufers.org.br/revistas/rev05/revista_05.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2010, citando Luiz Rodrigues Wambier. A Responsabilidade Civil do Estado decorrente dos Atos Jurisdicionais, in *Revista dos Tribunais*, ano 77, julho de 1988, v. 833, p. 40).

52 HENDGES, Carla Evelise Justino, A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional, cit., p. 43-44.

crédito, reconhecido em decreto sentencial. Alegados percalços processuais, como atrasos cartorários, equívocos, despachos protelatórios etc. são insuficientes para se estabelecer o nexo de causalidade entre os fatos ocorridos e os prejuízos experimentados e a ação ou omissão do agente que se deseja responsabilizar, se não restar provado que o advogado ao impulsionar o processo não utilizou-se de suas prerrogativas de reclamar verbalmente ou por escrito, contra inobservância dos direitos que lhe são conferidos pelo Estatuto dos Advogados, pela lei processual e o Código de Organização Judiciária deste Egrégio Tribunal de Justiça. Não pode agora a sua constituinte alegar prejuízos decorrentes de uma prestação jurisdicional não concedida ou concedida tardiamente. Provimento do recurso.” (TJRS – AC n. 2001.001.12356, 18ª Câmara Cível, Des. Jorge Luiz Habib, j. 12.03.2002).

Cabe não olvidar, ademais, que a aferição do nexo causal, no que tange à responsabilidade do Estado, deve ser feita com extremo cuidado pelo Poder Judiciário, já que, para todos os efeitos, uma vez condenado o Poder Público, todos os cidadãos sofrem as consequências do comando judicial. Em outras palavras, o reconhecimento da responsabilidade do Poder Público em toda e qualquer situação acarretaria a falência do próprio Estado (visão do Estado como segurador universal).

Frise-se, ainda, que mesmo os doutrinadores que admitem a responsabilização civil do Estado por atos judiciais reconhecem que tal ressarcimento só será exigido quando a demora for considerada inaceitável<sup>53</sup>, não havendo nenhum direito contraposto que justifique o prolongamento do feito.

53 Cumpre lembrar que a ausência de reconhecimento da responsabilidade do Estado na presente hipótese não deixará o jurisdicionado completamente desamparado porque, por se tratar de direito fundamental, a violação do princípio da celeridade pode ensejar o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005). O inconveniente desse mecanismo é a legitimidade restrita, prevista na própria Constituição. Muito embora o legislador ordinário tenha inserido no texto legal a possibilidade de ajuizamento dessa demanda por qualquer cidadão, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

Nesse contexto, importante trazer à baila o magistério de Márcia Fernandes Bezerra<sup>54</sup> sobre o tema:

“Como bem destaca José Rogério Cruz e Tucci, para que o Estado seja responsabilizado, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia pura e simples do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. Assim, quando o interesse público apontar para a necessidade de que o processo se conduza de forma menos célere em função de interesses públicos tão relevantes como a razoável duração do processo, o Estado não deverá ser responsabilizado por eventuais danos causados ao particular (em virtude da configuração do estado de necessidade). Um dos exemplos mais evidentes desta situação é a contraposição entre a celeridade e a segurança jurídica. De fato, para que a decisão de mérito seja justa e aproxime-se o tanto quanto possível da verdade real, o trâmite processual poderá ser estendido em razão da realização de segunda perícia determinada pelo magistrado ou pela colheita de novas provas imprescindíveis à formação de seu convencimento.”

Em suma, pode-se afirmar que, pela corrente majoritária, só se admite a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional se comprovado o elemento subjetivo, em caso de omissão, e o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela parte e a conduta (omissiva ou comissiva) do Poder Judiciário. Ultrapassadas essas questões, cabe ao interessado o ressarcimento dos danos materiais e, para parte da doutrina, inclusive, morais.<sup>55</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caráter de excepcionalidade, admitiu a condenação do Estado por danos morais, em razão da penhora indevida de bens do devedor. Apesar de não se tratar de responsabilização do Estado em virtude da delonga na prestação jurisdicional propriamente dita, cabe a transcrição da decisão:

---

54 BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 477.

55 CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, 3. ed., 2007, cit., p. 512.

“Ação indenizatória – Ato judicial – Responsabilidade civil do Estado – Caráter de excepcionalidade – Penhora indevida – Condutas omissiva e retardatária – Cancelamento da constrição após um ano e meio – Dano moral – Valor – Critérios. Sem afirmar a irresponsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional, pois que não se pode no direito moderno, em que o mundo inteiro proclama a preeminência dos direitos humanos, aceitar que a regra da imunidade deixa ao desamparo os direitos e interesses do indivíduo, a segurança e a estabilidade sociais consideram que a responsabilidade civil pela autuação jurisdicional existe, mas somente se há de aceitar com caráter de excepcionalidade. É inquestionável que a penhora indevida de bens, decorrente da conduta omissiva em relação à certificação de sua impossibilidade pelo oficial de justiça, provoca no proprietário desgosto, insegurança e apreensão, sentimentos agravados pelo injustificável retardamento no cancelamento da constrição, levado a cabo um ano e meio depois, conseqüentemente sujeitando o Estado a suportar o ônus indenizatório que tenha causado. Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as particularidades do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade.” (TJMG – Processo n. 1.0702.03.073908-1/001(1), rel. Gouvea Rios, *DJ*, de 30.08.2005)

Os ensinamentos aqui trazidos deixaram claro que a doutrina e a jurisprudência ainda não têm uma posição definida acerca da possibilidade de responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Somente o tempo (tema central desse trabalho e fator do qual nem todos dispõem) e a experiência dirão qual o caminho que será trilhado pelos operadores do direito.

É importante ter-se sempre em mente, porém, que a condenação do Estado na hipótese deve ser avaliada com muito cuidado pelo Poder Judiciário, em razão de suas implicações práticas. Para todos os efeitos, o dinheiro utilizado pelo ente público para a satisfação de suas obrigações provém dos contribuintes e tem como destinação a satisfação dos interesses da coletividade.

Em outras palavras, a condenação do Estado só poderá ser levada a efeito após a instauração de processo, permeado pelo contraditório e pela ampla defesa, respeitada a celeridade, logicamente, e respeitadas as peculiaridades do caso concreto. Por fim, não se pode olvidar que o pagamento da dívida se sujeitará às regras do direito público, em especial à previsão contida no artigo 100 da Constituição Federal.

## Conclusões

O presente artigo teve por objetivo primordial a análise do princípio da celeridade, incluído no rol dos direitos fundamentais pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e a possibilidade de responsabilização do Estado, quando de seu descumprimento.

Com a finalidade de sistematizar as principais conclusões acerca da matéria, serão utilizados tópicos:

1. Em razão da crescente preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional, o constituinte reformador inseriu no rol do artigo 5º da Constituição Federal o princípio da celeridade (EC n. 45/2004).

2. Caso o direito ao julgamento célere não viesse expresso na Carta Maior, os cidadãos poderiam exigir do Poder Judiciário a decisão da causa em prazo razoável porque o princípio da celeridade é consequência lógica dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. E, se assim não fosse, poder-se-ia afirmar que a celeridade advém do princípio da eficiência, que permeia não só a atividade de toda a Administração Pública, como também a atuação do Poder Judiciário.

3. Ainda que desnecessária, a inclusão da celeridade no rol dos direitos fundamentais teve o condão de emprestar maior eficácia ao princípio, além de estimular o Poder Legislativo a editar uma série de leis com o intuito de dar cumprimento à norma.

4. A maior discussão em torno da celeridade processual diz respeito ao alcance e ao significado da expressão “razoável duração do processo”. Não restam dúvidas de que essa expressão encerra um conceito jurídico indeterminado, sujeito a ampla interpretação pelo Poder Judiciário.

5. Há quem sustente que, em razão da segurança jurídica e dos preceitos contidos no Estado Democrático de Direito, o tempo dos atos processuais deve vir previsto pela própria lei (teoria do prazo fixo, que

tem como principal objetivo a determinação do conceito jurídico indeterminado pelo Poder Legislativo). A maioria da doutrina, entretanto, alega que a razoabilidade da duração do processo deverá ser avaliada com base em alguns critérios: a conduta das partes, a complexidade da causa, a atuação das autoridades judiciais (critérios obrigatórios), o contexto em que a causa se desenvolveu e a importância do litígio para os demandantes (critérios facultativos). Esses critérios são utilizados com frequência pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

6. Uma das mais importantes ramificações do desrespeito ao princípio da celeridade é a possibilidade de responsabilização do Estado pelos danos causados às partes em razão da demora na prestação jurisdicional.

7. A teoria da responsabilidade civil do Estado, em nosso sistema jurídico, passou por três fases: a) fase da irresponsabilidade; b) fase civilista ou da responsabilidade subjetiva (art. 15 do CC/1916) e c) fase da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF).

8. Pela teoria da responsabilidade objetiva, hoje em vigor, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondem pelos atos de seus agentes, independentemente da comprovação da culpa, com a ressalva de que poderão exercer o direito de regresso contra o causador do dano, em ação própria. A norma constitucional aqui mencionada prevê duas espécies de responsabilidade: a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos agentes causadores do dano. Essa teoria teve como finalidade eximir o particular da produção da prova da culpa do agente público, muitas vezes difícil ou impossível, para a obtenção de ressarcimento pelos cofres públicos.

9. A admissão da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais enfrentou, e ainda enfrenta, resistência na doutrina e na jurisprudência. Aqueles que são contrários à responsabilização do Estado pela conduta do Poder Judiciário apresentam os seguintes argumentos: a) soberania do Poder Judiciário; b) independência funcional dos juízes; c) ausência de previsão legal; d) violação da imutabilidade da coisa julgada e e) não inclusão dos magistrados no conceito de funcionário público. Esses doutrinadores admitem somente a responsabilidade pessoal e subjetiva do juiz, nas hipóteses previstas em lei.

10. A doutrina mais moderna, por outro lado, rechaça todos os argumentos expostos acima e fundamenta a responsabilidade estatal pela

prática de atos jurisdicionais no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal ou, até mesmo, no Código de Defesa do Consumidor.

11. Mesmo aqueles que admitem a responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais divergem a respeito da sua natureza, nas hipóteses de delonga na prestação jurisdicional. Alguns sustentam que a responsabilidade pelo descumprimento do dever da celeridade independe da comprovação de culpa (responsabilidade objetiva), ao passo que outros alegam que a responsabilidade, por decorrer da prática de ato omissivo, depende da comprovação do elemento subjetivo.

12. Uma análise detida das decisões proferidas por nossos tribunais deixa claro que a predomina a corrente doutrinária que defende a responsabilidade subjetiva do Estado pela prática de atos omissivos pelo Poder Judiciário.

13. Por óbvio, ainda que se fale em responsabilidade objetiva do Estado pela delonga na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, na dispensa da comprovação da culpa, caberá ao interessado, para a obtenção do ressarcimento, a cabal comprovação do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do membro do Poder Judiciário e a demora na prestação jurisdicional. Em outras palavras, devem estar presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil.

14. O cabimento dos danos morais em virtude da demora na prestação jurisdicional ainda não foi amplamente debatido por nossos tribunais. Entretanto, uma vez admitida a responsabilidade civil do Estado na hipótese, ela deve ser o mais ampla possível. Em outras palavras, constatada a responsabilidade do Estado, desde que comprovados os requisitos para a configuração do dano moral, ele é cabível.

15. A responsabilidade do Estado pela delonga na prestação jurisdicional deve ser aferida de maneira extremamente cautelosa pelo Poder Judiciário, uma vez que a condenação do Estado, em última análise, implica na condenação de toda a coletividade.

Espera-se que a exposição dos pontos mencionados acima auxilie os operadores do direito, permitindo a ampla aplicação do princípio da celeridade como medida de prevenção de futuras insatisfações sociais e de solução das presentes.

## 6 Referências

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Estudos de Direito Processual Civil Enrico Tullio Liebman, v. 60).

ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>>. Acesso em: 18 set. 2010.

ALVES JÚNIOR, Francisco. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. *Revista da ESMESE*, Aracajú, SE, Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n. 5, p. 107-135, 2003.

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 323-342.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Repressão ao abuso processual (em particular, ao abuso recursal). In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). *Processo civil: Análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS, 2008. p. 327-357.

ANNONI, Danielle. *Acesso à justiça e direitos humanos: a Emenda Constitucional 45/2004 e a garantia da razoável duração do processo*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/89/67>>. Acesso em: 10 out. 2010.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. *Cidadania e Justiça: revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, v. 4, n. 8, p. 50-66, jan./jun. 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Diferenças individuais e concurso público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do Estado para as carreiras jurídicas. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (Org.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 219-233.

ARAÚJO, Marcos. *A exceção – ou objeção – de pré-executividade*. Disponível em: <[http://www.juxtalegem.com.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&id=1:artigos&Itemid=63](http://www.juxtalegem.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1:artigos&Itemid=63)>. Acesso em: 10 out. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1 n. 2, p. 26-72, out. 2006.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 467-479.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. *Razoável duração do processo*. Disponível em: <<http://www.gmpadvogados.com.br/publicacoes.php>>. Acesso em: 15 out. 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALMON, Eliana. Princípios e garantias constitucionais do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 196-202.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 215-223.

CIANCI, Mirna. A razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). *Processo civil: Análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS, 2008. p. 251-271.

CRETELLA JUNIOR, Jose. Responsabilidade do estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 322-342.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 40, p. 163-176, 2004.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário – Art. 5, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 153, p. 259-270, jul./set. 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo Malheiros, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Unicoc*, Ribeirão Preto, SP, v. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivoID\\_48.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivoID_48.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005.

FRANCO, Fernão Borba. Motivação da sentença, preconceito e independência do juiz. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). *Processo civil: Análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS, 2008. p. 117-140.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, p. 45-59, out./dez. 2003.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 261-268.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 608-630.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 268-283.

HENDGES, Carla Evelise Justino. A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 5, p. 11-50, 2008. Disponível em: <[http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev05/revista\\_05.pdf](http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev05/revista_05.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2010.

JUCÁ, Francisco Pedro. Reforma do Judiciário: algumas reflexões. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 13-22.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 327-330.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 27-47.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Los derechos humanos como “religión civil”. Derechos humanos e concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 516-539.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 270-300.

\_\_\_\_\_. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. In: ASSIS, Araken de et al. (Coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.397-1.413.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula Vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 685-719.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípio constitucional da razoável duração do processo. In: ASSIS, Araken de et al. (Coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 989-1.000.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOTARIANO JUNIOR, Antônio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 59-99.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. O princípio constitucional da razoável duração do processo, explicitado pela EC n. 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: necessidade de que o Poder Judiciário através da norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe a aplicá-las, garantindo um efetivo e qualificado acesso à justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 655-684.

PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 19 set. 2010.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101-139.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 331-342.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167, 1990.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad Editora, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 283-292.

SANTOS, Evaristo Aragão. A EC n. 45 e o tempo dos atos processuais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 201-211.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41-49.

SILVA, Bruno Freire e. A busca de um modelo de prestação jurisdicional efetiva: tendências do processo civil contemporâneo. In: ASSIS, Araken de (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 981-988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 454-482.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 49-63.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31-40.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As reformas do direito processual civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 236-267.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia constitucional contra demora no julgamento dos processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 343-347.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



# O papel da informação na reparação do dano ao meio ambiente

Patrícia Faga Iglecias Lemos<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Legislação protetiva e exigência da informação ambiental. 3 Boa-fé, informação ambiental e nexos de causalidade. 4 Aquisição de imóvel degradado e informação ambiental: pioneirismo do Estado de São Paulo. 5 Conclusões. 6 Referências.

---

## Introdução

O reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como direito fundamental, corolário do direito à vida, implica na noção de patrimônio ambiental comum. Conseqüentemente, exige o equilíbrio entre a proteção dos patrimônios público, privado e ambiental da coletividade.

Vários critérios podem ser utilizados para que se atinja a necessária compatibilização entre tais direitos. Entre eles, merece relevo a noção da importância da participação da sociedade, bem como o papel da informação ambiental, o qual pretendemos analisar no presente estudo.

Já previa o Princípio 10 da Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento decorrente da ECO/92 que “a

---

<sup>1</sup> Professora Doutora do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Coordenadora do Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo. Advogada e consultora ambiental. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB) e do Instituto O Direito por um Planeta Verde. Cuida-se de conferência apresentada na VI Jornada Luso-brasileira de Direito do Ambiente, realizada em dezembro de 2009, em Lisboa.

melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios”.

Como ensina Milton Santos, vivemos o meio técnico-científico-informacional, com a criação de novos processos vitais e a produção de novas espécies animais e vegetais, de forma que a ciência aliada à tecnologia e à informação encontram-se na base da produção, da utilização e do funcionamento do espaço e tendem a constituir o seu substrato. Mesmo o mundo rural não escapa dessa visão, pois há materiais plásticos, fertilizantes e colorantes que causam o aumento da necessidade de investimento em bens de produção. Com isso, a informação deixa apenas de estar presente nas coisas e nos objetos técnicos e passa a ser o vetor fundamental do processo social, com territórios equipados para facilitar a sua circulação.<sup>2</sup>

Basta pensarmos no papel dos radares meteorológicos, da internet e nas fotografias por satélites que demonstram a devastação ambiental. A chamada sociedade da informação aumenta o acesso à informação e exige uma postura cada vez mais cautelosa em relação à questão ambiental, pois permite novas técnicas de apreensão dos fenômenos naturais e de utilização dos recursos naturais.<sup>3</sup>

Assim, é possível reconhecer a existência de um direito a obter informações ambientais e um dever de informar, que se refere ao princípio da publicidade e obriga os órgãos e entidades do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama)<sup>4</sup> ao fornecimento periódico de informações ambientais relevantes relativas às áreas contaminadas.

2 SANTOS, Milton. *A natureza do espaço*. São Paulo: EDUSP, 2002. p. 238-242.

3 Ressalta Georges Balandier que o poder acaba por ampliar suas redes e a razão técnica parece tomar conta de tudo, com penetração nos domínios da vida coletiva e privada: “As fronteiras do impossível são empurradas para mais e mais longe, apesar da incerteza quanto aos efeitos longínquos e os riscos já manifestos. A capacidade do saber e a capacidade do poder-fazer progridem juntas. Contribuem para manter a ilusão de um crescente domínio, a imagem de um mundo que é possível manipular, transformar, simular.” (*O dedalo*: para finalizar o século XX. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 77-78).

4 Sistema composto por órgãos que atuam na proteção do meio ambiente no Brasil, conforme disposto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81).

## 2 Legislação protetiva e exigência da informação ambiental

De fato, o direito à informação ambiental afeta as decisões políticas no âmbito da Administração Pública, a produção legislativa e, até mesmo, a atividade jurisdicional. Exige-se, ainda, a participação da sociedade nos processos de formulação e implementação das políticas públicas de proteção do meio ambiente e de tomada de decisões dos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

A Agenda 21 reconhece que cada pessoa é usuária e provedora de informação em sentido amplo, e tem como metas fundamentais a redução das diferenças em matéria de dados e a melhoria da disponibilidade da informação.

A importância da informação decorre da norma do artigo 225 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, ao ressaltar a importância da participação da sociedade, a natureza pública do estudo prévio de impacto ambiental e a imposição ao Poder Público do dever de promover a conscientização pública para a importância da preservação do meio ambiente, para a qual a divulgação de informação ambiental é pressuposto fundamental.

No âmbito do direito brasileiro interno, algumas leis merecem destaque, ao disporem sobre aspectos da informação ambiental.

A Lei n. 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ao tratar do desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais de manejo dos recursos naturais, ressalva a necessidade de divulgação de dados e informações. No âmbito do licenciamento ambiental, dispõe que o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA) deve traduzir de forma fiel e clara o conteúdo do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, com linguagem acessível ao público. Prevê, ainda, a audiência pública como oportunidade de levar informações e esclarecimentos aos interessados sobre o projeto a ser licenciado, permitindo a participação da sociedade.

A Lei n. 10.650/2003 dispõe sobre o acesso aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama e prevê, no seu artigo 2º, I, III, IV, V e VI, que tais órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional são obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos

que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda em meio escrito, sonoro ou eletrônico, principalmente: as que digam respeito à qualidade do meio ambiente; resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como planos e ações de recuperação de áreas degradadas; acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; emissões de efluentes líquidos e gasosos e produção de resíduos sólidos e substâncias tóxicas e perigosas.

### 3 Boa-fé, informação ambiental e nexos de causalidade

Por outro lado, um dos pilares do Código Civil brasileiro é o princípio da boa-fé objetiva, como uma verdadeira cláusula geral. A partir desse princípio, impõem-se direitos à informação e deveres concretos de informar. Sem dúvida, há uma contraposição de interesses: aqueles que demandam um direito à informação e aqueles que demandam a proteção da informação.

Na verdade, o princípio da boa-fé aplica-se a todas as relações de direito privado, ou seja, as partes devem agir com boa-fé desde as tratativas até mesmo depois de encerrada a relação contratual.

Vejamos que o princípio da boa-fé aplica-se não somente às obrigações como também a qualquer relação jurídica<sup>5</sup>. Explica Larenz que o conceito valorativo da boa-fé não depende de uma avaliação subjetiva da pessoa que decide. O autor refere-se ao conceito valorativo dominante na sociedade.<sup>6</sup>

A boa-fé pode ser dividida em três funções. Entre elas, destaca-se a função limitativa de direitos subjetivos, fortemente ligada ao abuso de direito, que pode ser invocado na proteção do meio ambiente. Também encontramos a função de corrigir uma obrigação insuportável, com base na teoria da imprevisão, bem como completar uma obrigação com deveres anexos.

<sup>5</sup> O artigo 2 I ZGB da Suíça prevê que cada um deve agir conforme a boa-fé ao exercer seus direitos e ao cumprir suas obrigações (“*jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln*”).

<sup>6</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*. 14. Aufl. München: C. H. Beck, 1987. 1 Band., § 10 I, p. 126.

Pois bem, partindo do pressuposto da dificuldade da prova do nexo de causalidade, diante da complexidade do dano ao meio ambiente, é preciso facilitá-la pelas presunções, que acabam resultando na inversão do ônus da prova.

Hoje, estamos diante de novos métodos e de nova categoria probatória: os meios técnicos de prova são relevantes e não devem ser descartados. Evoluímos desde os registros audiovisuais, a informática e o meio virtual, possibilitando, até mesmo, a disponibilização de informação via internet<sup>7</sup>. Se a vítima está em condições de hipossuficiência, é preciso que ela tenha acesso a toda a informação de caráter científico, técnico e operacional em relação àquela atividade contaminadora. Com isso, queremos precisamente dizer que à vítima devem ser franqueadas as informações da Administração Pública a respeito do caso e até mesmo as informações de posse daquele que se presume ser o responsável pelo dano (empreendedor). A recíproca é verdadeira.

Na verificação dos casos concretos que envolvem danos ao meio ambiente, é muito comum encontrarmos uma parte mais débil, com menos recursos financeiros e técnicos, que tenha que enfrentar uma parte muito mais poderosa, econômica e tecnicamente falando, que pode ser o Estado ou uma grande empresa ou um grupo de empresas. Por isso, como mencionamos, justifica-se plenamente a utilização do conceito de hipossuficiência.

Ora, sabemos que a informação é a resposta para o sucesso ou não da demanda. A importância do acesso à informação pode ser claramente percebida na aplicação do princípio da precaução: a informação ambiental é muito relevante e, na falta de certeza científica de um dano, é possível obstar a continuidade de uma atividade, ou, ao menos, regulamentá-la melhor para evitar a ocorrência do dano. Com isso, é certo que o conhecimento antecipado tem um forte papel na prevenção e na precaução de danos.

De certa forma, podemos concluir que se uma das partes desconhece determinadas informações relevantes do caso, tem uma desvantagem para produzir provas e obter o resultado pretendido com a demanda.

---

<sup>7</sup> Como ensina Milton Santos, vivemos o meio técnico-científico-informacional, “onde os objetos mais proeminentes são elaborados a partir dos mandamentos da ciência e se servem de uma técnica informacional da qual lhes vem o alto coeficiente de intencionalidade com que servem às diversas modalidades e às diversas etapas da produção” (*A natureza do espaço*, cit., p. 234-235).

É muito comum a atuação da Administração Pública antes da demanda, exercendo o poder de polícia, fiscalizando e impondo sanções administrativas, diante de denúncias ou mesmo inspeções dos fiscais. Por isso, é importante que a parte possa valer-se do direito à informação ambiental na propositura da ação, sem a necessidade de apresentar as razões pelas quais solicita essas informações. Isso, lembrando de que, se houver razões de confidencialidade ou de segurança pública, as informações poderão ser negadas.

O direito à informação também deve ser disponibilizado ao próprio empreendedor causador do dano, pois, nos casos de causalidade complexa, as informações serão relevantes para o exercício do direito de regresso.<sup>8</sup>

O nexa causal é o pressuposto da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente mais difícil de se provar, especialmente em função da chamada causalidade complexa.<sup>9</sup>

Não obstante o primado constitucional do meio ambiente equilibrado e preservado para as presentes e futuras gerações, não podemos nos esquecer de todo o embasamento jurídico e técnico necessário para a responsabilização do causador do dano. Cuida-se aqui de buscarmos os aportes técnico e jurídico cabíveis e plausíveis. Trabalhamos com a responsabilidade objetiva, com a irrelevância da legalidade, com a responsabilidade por causas e concausas, mas não podemos prescindir da prova do nexa causal.

Baseados na necessidade de prova do nexa causal, teremos algumas dificuldades de ordem prática para efetivar a responsabilização e a conseqüente reparação. Por exemplo, deparamo-nos com o problema daquele que adquire imóvel já degradado ou contaminado.

8 A lei alemã sobre responsabilidade ambiental introduz o direito à informação da vítima diante do causador do dano e deste diante da vítima, quando instaurado processo judicial, o que o auxilia no exercício do direito de regresso diante de outros causadores do dano. O conteúdo da informação em ambos os casos diz respeito às características dos equipamentos ou maquinários utilizados, bem como à natureza e à concentração das substâncias emitidas e à informação necessária para que se constate o cumprimento dos deveres de utilização do maquinário, nos termos do artigo 6.3 da Lei. Com isso, o empreendedor pode provar o funcionamento normal da sua instalação, o que lhe possibilita excluir a presunção de causalidade que recai sobre ele (GOMIS CATALÁ, Lucía. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 175. (Colección Monografías Aranzadi, 96). É importante lembrarmos que, no direito brasileiro, a legalidade não exime o empreendedor de responder pelos danos causados ao meio ambiente.

9 Para uma visão mais aprofundada do nexa causal na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente ver: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*: análise do nexa causal. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

No direito norte-americano, essa situação de responsabilização está claramente definida: com base no Cercla, o proprietário de área contaminada é parte potencialmente responsável. Em regra, não se aplica excludente de responsabilidade, mesmo que o dano tenha sido causado por terceiro, no caso, o anterior proprietário. A única hipótese de excludente reside na demonstração de que ao tempo da aquisição do imóvel não conhecia e não tinha razões para conhecer a presença de substâncias perigosas (*innocent purchaser*). A previsão do Cercla nesses casos é de que na aquisição devem ser feitas todas as investigações cabíveis sobre a propriedade e os usos que o proprietário anterior fazia do bem.<sup>10</sup>

Um dos argumentos factíveis seria a ideia dos vícios ocultos, que possibilitaria que o atual proprietário respondesse pelos danos, valendo-se do direito de regresso em relação ao anterior proprietário. Isso, desde que a contaminação da área não fosse conhecida do comprador ou não devesse ser conhecida, o que acabaria exigindo uma valoração das condições subjetivas dele.

Perales ressalta que diante da conscientização atual para a questão ambiental, é preciso exigir do comprador um esforço adicional para demonstrar que fez tudo o que seria razoavelmente possível para saber se existia uma contaminação no local.<sup>11</sup>

Como antes apontado, o direito ambiental brasileiro prevê a necessidade da informação em normas esparsas. Além das já mencionadas, merecem destaque, entre outras, a exigência do estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal; a Lei da Ação Civil Pública permite ao Ministério Público requisitar informações ambientais relevantes para a propositura e o andamento da ação civil pública; a Lei de Biossegurança traz dispositivo sobre o direito à informação; a Lei 10.650/2003 trata da abrangência da informação ambiental e dispensa de comprovação do interesse daquele que solicita a informação. Assim, encontramos ampla legislação quanto ao direito à informação ambiental.

---

10 Nos termos da Seção 9607 do Cercla, os americanos chamam de *Phase I Environmental Review*, em que são feitas inspeções de documentos e análise da área por equipe multidisciplinar. Seria algo semelhante ao nosso estudo prévio de impacto ambiental, mas, na verdade, um estudo posterior de impacto ambiental da atividade anteriormente realizada.

11 MIGUEL PERALES, Carlos de. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. 2. ed. rev. y actual. Madrid: Civitas, 1997. p. 50 e ss.

Ensina Paulo Affonso Leme Machado que “a qualidade e a quantidade de informação irão traduzir a intensidade da *participação* na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada”.<sup>12</sup>

#### **4 Aquisição de imóvel degradado e informação ambiental: pioneirismo do Estado de São Paulo**

Na aquisição de imóvel degradado, é relevante saber os limites da responsabilidade do adquirente. O adquirente tem direito de obter das autoridades públicas informações relativas ao bem. Por outro lado, o alienante deve ser obrigado a fornecer informações sobre a utilização do bem. Essa obrigação do vendedor de fornecer a informação ambiental condiz com princípio basilar que permeia as relações jurídicas do Código Civil: o princípio da boa-fé objetiva e os deveres anexos.

Assim, os deveres de lealdade e proteção surgem desde as tratativas contratuais, e não apenas no contrato concluído<sup>13</sup>. Por isso, como regra geral, há responsabilidade do adquirente pelo passivo ambiental.

Recente lei do Estado de São Paulo, que dispõe sobre as diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas, traz clara ênfase no papel da informação ambiental. Trata-se da Lei estadual n. 13.577, de 8 de julho de 2009.

Um dos objetivos da lei é a garantia da informação e da participação da população afetada nas decisões relacionadas com as áreas contaminadas. Para tanto, a norma cria o Cadastro de Áreas Contaminadas e prevê a chamada “declaração de encerramento de atividade”, como ato administrativo pelo qual o órgão ambiental atesta o cumprimento das condicionantes estabelecidas pelo Plano de Desativação do Empreendimento e pela legislação pertinente.

Exige-se, nos termos do artigo 5º da mencionada lei, o cadastro de todos os empreendimentos e atividades que sejam potencialmente poluidores, que no passado abrigaram atividades passíveis de provocar

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

13 LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 9 I a, p. 109.

qualquer tipo de contaminação do solo, estejam sob suspeita de estarem contaminadas e demais casos pertinentes à contaminação do solo. Prevê a possibilidade de exigência de que o responsável legal pela área mantenha programa de monitoramento.

De acordo com o artigo 13, são responsáveis solidariamente pela prevenção, identificação e remediação da área contaminada: o causador da contaminação e seus sucessores, o proprietário da área, o superficiário, o possuidor e quem dela se beneficiar direta ou indiretamente. O dispositivo prevê, inclusive, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica.

A lei determina que o responsável legal fica obrigado a comunicar imediatamente aos órgãos ambientais e de saúde no caso de contaminação que pode gerar perigo à vida ou à saúde da população.

Não menos relevante é a exigência de que o responsável legal pela área contaminada, assim classificada pelo órgão ambiental competente, faça a averbação da informação da contaminação na matrícula do imóvel, no prazo de cinco dias, nos termos do artigo 24, inciso III, da Lei n. 13.577/2009.

Prevê ainda que o licenciamento de empreendimentos em áreas que anteriormente abrigaram atividades com potencial de contaminação, ou suspeitas de estarem contaminadas, deverá ser precedido de estudo de passivo ambiental, submetido previamente ao órgão ambiental competente, de acordo com o artigo 47.

Assim, a norma atende aos ditames da boa-fé, exigindo a comunicação de eventual utilização danosa do meio ambiente. Dessa forma, a informação ambiental se concretiza amplamente e opera na facilitação da prova do nexo de causalidade.<sup>14</sup>

## 5 Conclusões

No combate ao positivismo, defendeu-se no início do século XX a chamada jurisprudência dos interesses, que posteriormente foi transformada na jurisprudência da valorização, representada pelo pensamento

---

<sup>14</sup> Ressaltamos que essa responsabilização do alienante e do adquirente continua operando com base na regra da solidariedade prevista no artigo 942 do Código Civil brasileiro, mas não deixa de ser relevante como mecanismo de reparação dos danos ao meio ambiente.

de Karl Larenz<sup>15</sup>. Com base nessa visão, a interpretação da norma deve levar em conta as valorizações da lei e da ordem jurídica, que no direito privado refletem-se, entre outros, no direito à saúde e à propriedade, ambos fortemente ligados ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, a justificar a interpretação que lhe seja mais favorável.

Para José Afonso da Silva, no artigo 5º, XIV e XXXIII, há uma dimensão coletiva do direito à informação, formado pelo interesse geral contraposto ao interesse individual de manifestação de opinião, ideias e pensamentos. Assim, segundo o autor, “a liberdade de informação deixa de ser mera função individual para tornar-se função social”.<sup>16</sup>

Diante dos aspectos apontados, entendemos que o direito à informação ambiental, na sua forma mais ampla, que inclui o dever de informar, é importante elemento facilitador da prova do nexo de causalidade. Assim, o adquirente do bem socioambiental tem o direito de obter das autoridades públicas informações relativas ao imóvel, por exemplo com a averbação da informação de área contaminada na matrícula. Por outro lado, o alienante deve ser obrigado a informar sobre perigos ligados à utilização do bem, nos precisos termos das normas apontadas.

## 6 Referências

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço*. São Paulo: EDUSP, 2002.

BALANDIER, Georges. *O dédalo: para finalizar o século XX*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

GOMIS CATALÁ, Lucía. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998. (Colección Monografías Aranzadi, 96).

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*. 14. Aufl. Munchen: C. H. Beck, 1987. 1 Band.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

15 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 1ª parte, 5º capítulo, n. 1, p. 163.

16 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIGUEL PERALES, Carlos de. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. 2. ed. rev. y actual. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.



# Reclamação constitucional: natureza jurídica. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina e sua utilização para assegurar o respeito às súmulas vinculantes

Paulo Alves Netto de Araujo<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1 Natureza jurídica. 1.1 Reclamação como medida administrativa. 1.2 Reclamação como medida de jurisdição voluntária. 1.3 Reclamação como processo objetivo. 1.4 Reclamação como recurso. 1.5 Reclamação como sucedâneo recursal. 1.6 Reclamação como incidente processual. 1.7 Reclamação como exercício do direito de petição. 1.8 Reclamação como remédio processual. 1.9 Reclamação como ação. 2 Reclamação constitucional e o respeito à súmula vinculante; 2.1 Previsão constitucional. 2.2 Reclamação contra ato administrativo e a exigência do esgotamento da esfera administrativa para admissão da reclamação. Constitucionalidade ou não da exigência contida no artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006. 3 Conclusões: as perspectivas do instituto. 4 Referências.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Coordenadoria da Dívida Ativa. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (ESPGE).

## Introdução

O tema foi objeto de aula proferida pelo professor Leonardo José Carneiro da Cunha na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Nessa aula, o professor falou sobre o instituto, desde a sua introdução em nosso sistema, até as alterações recentemente instituídas, que, em nosso entendimento, deram novas perspectivas à reclamação constitucional.

O que mais despertou nosso interesse na elaboração do presente trabalho foi a possibilidade de *acesso direto* ao Supremo, inclusive nas hipóteses de atos administrativos que desrespeitem enunciado de súmula com efeitos vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, sem que seja necessária a interposição de recurso extraordinário.

A discussão envolverá questões constitucionais e processuais, sendo mais uma razão a justificar a elaboração deste trabalho.

O assunto, *na atual configuração*, é bem recente, estando as discussões, tanto no bojo dos processos judiciais, quanto no campo acadêmico, em seu estágio preliminar.

Algumas questões já surgem: Reclamação é recurso? Qual é a natureza jurídica do instituto? Quais são as hipóteses de cabimento? O parágrafo 1º do artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, que prevê a necessidade de comprovação do esgotamento das vias administrativas para apresentação da reclamação nas hipóteses de omissão e de ato da Administração, pode ser considerado constitucional?

Essa última questão é uma das grandes polêmicas a ser solucionada pela jurisprudência e pela doutrina, pois interfere no *direito de petição* e no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que é constitucionalmente garantido.

Outra questão interessante é perquirir sobre o *prazo legal* para apresentação da reclamação, pois nem na Constituição nem na Lei n. 11.417/2006 há previsão nesse sentido.

Verificaremos, ainda, as razões da edição dos dispositivos autorizadores da reclamação constitucional: Qual seria a meta a ser atingida com a reclamação? O que se pretende com a conjugação de súmula

vinculante e reclamação constitucional? A partir dos questionamentos existentes, que, com toda certeza, não serão os únicos a ser formulados, pode-se aferir a importância do tema para nosso ordenamento jurídico.

## 1 Natureza jurídica

Na literatura consultada para a confecção deste trabalho, quase todos os autores pesquisados partiram primeiramente dos institutos nos quais a reclamação não se enquadra, para, somente após, apontar sua natureza jurídica.

Alguns dos autores pesquisados enquadram a reclamação nos institutos de medida administrativa, medida de jurisdição voluntária, processo objetivo, recurso, sucedâneo recursal, incidente processual, exercício do direito de petição e remédio processual, todavia a doutrina majoritária a define como ação constitucional.

E é a essa corrente que nos filiamos, conforme demonstraremos neste trabalho.

Conforme Leonardo Lins Morato<sup>2</sup>, além dele próprio, também defendem que a reclamação tem natureza jurídica de ação os seguintes doutrinadores: Pontes de Miranda, José da Silva Pacheco, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Alexandre Moreira Tavares dos Santos.

Na mesma obra, Leonardo Lins Morato explica a importância de definir a natureza jurídica de um instituto antes de iniciar o seu estudo:

“Antes, porém, de se adentrar nessa análise, convém justificar a razão de se definir a natureza jurídica de um instituto. É com base na natureza jurídica que se pode aferir o regime jurídico aplicável a um dado instituto, os pressupostos a que ele está sujeito, quais os seus limites de abrangência, quais os efeitos que com ele e a partir dele podem ser produzidos e em que situações se pode valer dele.”<sup>3</sup>

---

2 MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 109. (Recursos no Processo Civil, 15).

3 *Ibidem*, p. 81.

De fato, a definição da natureza jurídica de um instituto permite localizar em qual ramo do direito ele se situa, quais as suas características principais, os pressupostos a ele aplicáveis e os princípios a ele inerentes.

Permite ainda visualizar o instituto dentro do sistema, com todos os seus atributos.

Saber se o instituto tem natureza judicial ou administrativa irá nos dizer se ele se situa no âmbito do direito administrativo ou na esfera do direito processual, por exemplo, com as consequências daí decorrentes.

Do mesmo modo, sendo judicial o instituto, é possível verificar se ele é uma ação, um recurso, um incidente processual ou qualquer outra espécie de provimento, acarretando diferentes normas jurídicas a ele aplicáveis.

Por fim, será possível, desvendando a natureza jurídica do instituto, saber em que hipótese utilizá-lo.

Leonardo Lins Morato sintetiza a importância dessa definição da seguinte maneira: “Enfim, saber a natureza jurídica de um instituto é imprescindível não só para estudá-lo, como também para identificá-lo e situá-lo no sistema.”<sup>4</sup>

É importante frisar que o posicionamento de que a reclamação constitucional tem natureza jurídica de ação não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas pela doutrina, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, na qual há previsão expressa de que a reclamação está inserida dentre as ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, fato muito importante, pois, como se observará no curso deste trabalho, nem sempre o instituto esteve coberto pelo manto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.212-1/CE, firmou posição no sentido de considerar a reclamação constitucional como expressão do direito constitucional de petição, mesmo pensamento adotado por Ada Pellegrini Grinover.

---

<sup>4</sup> MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 82.

Essa decisão foi ementada da seguinte maneira:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 108, inciso VII, alínea ‘i’, da Constituição do Estado do Ceará e artigo 21, inciso VI, letra ‘j’, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local. Previsão, no âmbito estadual, do instituto da reclamação. Instituto de natureza processual constitucional, situado no âmbito do direito de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’, da Constituição Federal. Inexistência de ofensa ao artigo 22, inciso I, da Carta.”<sup>5</sup>

Todavia, esse não é o único posicionamento existente sobre o tema, havendo doutrinadores com opiniões diversas a respeito.

Leonardo Morato lista alguns deles: para Orozimbo Nonato, a reclamação é *remédio incomum*; Moniz de Aragão a define como incidente processual; Frederico Marques entende que a reclamação é medida de desdobramento das atribuições jurisdicionais conferidas ao Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça; Ada Pellegrini Grinover a define como garantia decorrente do direito de petição, constitucionalmente assegurado; finalmente, Cândido Rangel Dinamarco a entende como *remédio processual*.<sup>6</sup>

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas<sup>7</sup> afirma que a reclamação, também chamada de reclamação correicional, por muito tempo foi confundida com o instituto da correição parcial.

Em razão disso, era considerada como medida administrativa, tendo sua constitucionalidade questionada, do mesmo modo que a correição parcial.

A dúvida explica-se pelo fato de que, nos primórdios do instituto, após sedimentada a construção jurisprudencial fundamentada na *teoria dos poderes implícitos* do direito norte-americano, quando o Supremo

5 NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 335-336. (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 8).

6 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 83-84.

7 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 31-32.

Tribunal Federal a incluiu em seu Regimento Interno, a Corte inicialmente a imaginou com feições correicionais.

Marcelo Dantas, em corajoso posicionamento, questiona as chamadas *pseudodefnições* do instituto, defendidas por alguns doutrinadores:

“Isso para não falar de pseudodefnições, que findam por quase nada especificar, como a utilização de expressões vazias de sentido técnico-processual, a exemplo de remédio incomum, medida extrema, providência heróica (aliás, usadas em relação a inúmeros *writs*), ou tentativas de fugir de uma definição, como a conhecida manobra de talhar, para a reclamatória, a veste de expressão do direito constitucional de petição ou representação, que também incide em vagueza, uma vez que esse direito abrange não só o direito de dirigir-se administrativamente a qualquer órgão público, como o direito de ação (ou direito de demandar, na conhecida expressão de Guilherme Estellita).”<sup>8</sup>

Verifica-se que o autor, ao assim se expressar, exclui, de imediato, determinadas expressões defendidas pela doutrina, por entendê-las vazias de sentido prático, analisando somente aquelas em que, mesmo delas discordando, encontra alguma possibilidade de enquadrar a natureza jurídica da reclamação.

Observamos, a título de esclarecimento, que a obra de Marcelo Dantas foi editada em 2000, portanto antes do surgimento do parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, do ano de 2004, que instituiu a chamada *súmula vinculante* ou enunciado de súmula com efeitos vinculantes, bem como da entrada em vigor da Lei federal n. 11.417/2006, que veio a disciplinar o procedimento referente à súmula vinculante.

Em razão desse fato, o autor, em seu trabalho, não tratou da hipótese de desrespeito a súmula vinculante por ato judicial ou administrativo, como hipóteses de cabimento de reclamação constitucional, mas da configuração do instituto existente antes do advento das normas supracitadas.

Marcelo Dantas entende que, no histórico da reclamação, o instituto passou pelas seguintes fases:

<sup>8</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 432.

1- Total ausência de previsão legal a respeito (época da construção constitucional baseada na teoria dos poderes implícitos aplicada pelo Supremo Tribunal Federal)

Com relação a esta fase, Marcelo Dantas<sup>9</sup> menciona que o julgado mais importante foi o proferido na Reclamação n. 141/SP, julgada em 25.01.1952, cuja ementa diz o seguinte:

“A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão seria o poder outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a reclamação quando a Justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal.”

Nessa decisão, os contornos da reclamação constitucional começavam a ficar mais nítidos.

O processo em questão iniciou-se como recurso extraordinário, tendo sido convertido em reclamação pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que determinou sua remessa ao Pleno do Supremo Tribunal Federal para julgamento.

Para melhor esclarecer como a teoria dos poderes implícitos inspirou o Supremo a acolher o instituto da reclamação constitucional, transcrevemos abaixo trechos do voto do relator do feito, Ministro Rocha Lagoa:<sup>10</sup>

“[...] este Tribunal só tem admitido a reclamação quando levantada nos próprios autos em que ocorreu a ofensa à coisa julgada, e não em processo diferente, como é o caso.

9 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 174.

10 *Ibidem*, p. 174-175.

[...] as decisões dos juízes e tribunais locais só podem ser submetidas ao conhecimento deste Supremo Tribunal Federal nos casos previstos na Constituição, não sendo possível criar-se novo remédio processual que não figura nem na lei fundamental nem na legislação ordinária.

[...]

Mas, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de guarda da Carta Magna, de que é intérprete máximo. Na vigência do estatuto político de 1891, decidiu este pretório excelso não constituir inovação ou acréscimo de jurisdição o conhecer ele, por apelação, de cousas não expressamente mencionadas na Constituição, mas que por seu evidente caráter federal se deviam ter por incluídas na competência das Justiças da União. Reconhecem assim implícita a competência federal para os crimes de moeda falsa, contrabando e peculato dos funcionários federais (Ac. n. 350, de 21.09.1898). Por igual admitiu este magno colégio judiciário sua competência para tomar conhecimento da ação rescisória contra seus próprios julgados, embora não houvesse então texto de lei dispondo expressamente a respeito (Ac. n. 494, de 25.10.1899).

Proclamou-se destarte o princípio de que a competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional.

Na lição de Elack, em seu *Handbook of american constitucional law*, § 48, tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição.”

Verifica-se, desse modo, como a teoria dos poderes implícitos, originada no direito constitucional norte-americano, inspirou nosso Supremo Tribunal Federal a acolher a reclamação, mesmo não prevista à época em nossa ordem constitucional.

2- Norma regimental no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme autorizado pela Constituição Federal de 1946

Após o julgamento da Reclamação n. 141/SP, seguiram-se outros julgamentos, que acabaram por consolidar jurisprudencialmente o

instituto, culminando com sua inclusão no Regimento Interno da Corte (reparemos que, até então, não havia previsão *constitucional* do instituto), com as seguintes justificativas:<sup>11</sup>

“A medida processual, de caráter acentuadamente disciplinar e correicional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresse, no art. 101, n. I a IV, da Constituição Federal, tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, exercendo-se, nesses casos, sua função corregedora a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção. A medida da reclamação compreende a faculdade cometida aos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventuários que lhe sejam subordinados. Visa manter em sua inteireza e plenitude o prestígio da autoridade, a supremacia da lei, a ordem processual e a força da coisa julgada. É, sem dúvida, a reclamação meio idôneo para obviar os efeitos de atos de autoridades administrativas ou judiciárias, que, pelas circunstâncias excepcionais de que se revestem, exigem a pronta aplicação de corretivo, enérgico, imediato e eficaz, que impeça a prossecução da violência ou atentado à ordem jurídica. Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97, n. II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno.”

Nessa época ainda perdurava a dúvida quanto à correição parcial e a reclamação constitucional serem consideradas como o mesmo instituto.

De qualquer modo, a reclamação foi adotada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 02.10.1957, conforme autorização do artigo 97, II, da Constituição Federal de 1946.<sup>12</sup>

---

11 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 33-34.

12 Para maiores informações, ver: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, a representação interventiva e a reclamação constitucional no STF*. 30. ed. atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 625-626, nota 1.

Nesta fase, Marcelo Dantas nos relata várias decisões importantes, tais como as abaixo mencionadas:

Reclamação-Diligência n. 338/PR (rel. Min. Sampaio Costa, j. 22.08.1958), assim ementada:

“Reclamação. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal só admite a reclamação nos casos seguintes: a) para preservar a integridade da competência do mesmo Supremo Tribunal Federal; b) para assegurar a autoridade do seu julgado. Descabe o recurso mencionado quando se pretende corrigir julgado sob pretexto de ter havido equívoco material por ocasião do julgamento. Para casos que tais há os outros recursos normais: embargos de nulidade ou de declaração, ou ação rescisória.”

Nesse julgado já podemos perceber o surgimento da configuração do instituto na forma com que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, até a Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou a violação de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal como mais uma hipótese de cabimento da reclamação constitucional.

Outro exemplo é a Reclamação n. 498 (Pleno, rel. Min. Luiz Galotti), na qual o Supremo “admitiu a reclamação quando os atos impugnados importam impedir, ao Supremo Tribunal, a apreciação, que por deradeiro lhe compete, quando a caber, ou não, o recurso extraordinário para ele interposto”.<sup>13</sup>

Nessa época, eclodiu o movimento militar de 31.03.1964, que trouxe grandes reflexos à ordem jurídica nacional, e, em consequência, também ao Supremo Tribunal Federal, o qual, não obstante a quebra da ordem jurídica então vigente, continuou a realizar o seu trabalho, do modo que a situação política permitia.<sup>14</sup>

---

13 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 196-197.

14 Marcelo Navarro Ribeiro Dantas faz um resumo da situação política da época, muito interessante para quem não viveu aqueles acontecimentos da história do país e importante para compreender em que contexto o Supremo Tribunal Federal passou a ter de julgar as causas a ele submetidas (ob. cit., p. 195-196, nota 305).

### 3- Norma regimental no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal com força de lei, conforme autorizado pela Constituição Federal de 1967

Tendo em vista que nesta fase vivia-se sob o regime instaurado com o movimento militar de 31 de março de 1964, é interessante explicar como a norma que instituiu a reclamação constitucional passou a ter força de lei.

Marcelo Dantas, citando José da Silva Pacheco, explica qual era o ambiente político à época:<sup>15</sup>

“Esta fase pode ser chamada de fase brasileira do STF, em que os projetos de Constituição do período autoritário de 1964 em diante passavam pelos gabinetes [dos ministros do Supremo] para receber sugestões e cada um colocava aquelas que lhe parecessem mais oportunas e, depois de alinhadas pelo Ministro da Justiça, seguiam para a aprovação do Congresso.”

Na mesma obra, segue a explicação quanto à autorização constitucional:<sup>16</sup>

“Em virtude disso, a nova Carta Política trouxe, em seu art. 115, parágrafo único, ‘c’, autorização para que o RISTF estabelecesse o processo e o julgamento dos feitos de sua competência original ou recursal e da arguição de relevância da questão federal.

A disposição em tela não foi modificada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que a manteve em seu art. 120, parágrafo único, ‘c’.

Em outras palavras, deu-se ao Supremo poder de legislar, em seu Regimento Interno, sobre os processos de sua competência.”

Em suma, a inclusão da reclamação constitucional no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que estava fundamentada apenas na teoria dos poderes implícitos, havia sido constitucionalizada, espandendo

---

15 PACHECO, José da Silva. A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 646, p. 19-32, ago. 1989, apud DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 207.

16 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, ob. cit., p. 209.

as dúvidas porventura existentes quanto à constitucionalidade do instituto.

Um julgado importantíssimo para a compreensão do instituto nessa fase foi o proferido em 11.11.1970, na Reclamação n. 831/DF (rel. Min. Amaral Santos), cuja ementa transcrevemos:

“Reclamação – Natureza Jurídica – Cabimento – Pressupostos – Finalidade.

1. A finalidade da reclamação é a de preservar a integridade da competência do Supremo Tribunal Federal ou assegurar a autoridade do seu julgado.

2. Terminada a instância, isto é, entregue a prestação jurisdicional e posto termo à relação processual, não há como falar em reclamação.

3. São pressupostos da reclamação:

a) a existência de uma relação processual em curso; e

b) um ato que se ponha contra a competência do Supremo Tribunal ou contrarie decisão deste proferida nessa reclamação processual ou em relação processual que daquela seja dependente.

4. Não cabe reclamação, uma vez que não haja ato processual contra o qual se recorra, mas um ato administrativo, que, se violento ou ilegal, tem por remédio ação própria, inclusive o mandado de segurança.

5. Reclamação não conhecida.”

Bem se vê que, nesse julgado, começava a se desenhar o atual contorno do instituto, todavia o julgador excluía a reclamação, se houvesse recurso cabível contra a decisão questionada, posição que perdurou até a Emenda Constitucional n. 45/2004, que explicitamente previu a possibilidade de reclamação, ainda que exista recurso cabível contra a decisão questionada.

4- Poderes jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal ampliados, conforme a Emenda Constitucional n. 7/77.

Nesta fase, ainda na vigência do regime de exceção, foi instituída, no bojo do chamado “Pacote de abril”, baixado com base no Ato

Institucional n. 5, com o Congresso Nacional fechado, a advocatária, alterando o artigo 119, I, “o”, da Constituição vigente à época.

Por meio desse polêmico instituto, o Supremo Tribunal Federal, a pedido do procurador geral da República, passou a ter o poder de avocar para si o julgamento de causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais.

Marcelo Dantas bem explica a situação, demonstrando a razão da polêmica:<sup>17</sup>

“Depois, porque a advocatária, apesar da defesa que dela ousaram fazer alguns doutrinadores, como Paulino Jacques, foi quase unanimemente condenada como mecanismo de submissão do Judiciário ao Executivo, uma vez que, permitindo ao STF, cujos Ministros eram – como ainda são – nomeados pelo Presidente da República, trazer para si qualquer causa, de qualquer natureza, que estivesse correndo perante qualquer juízo ou tribunal, para assim fazer com que fosse julgada em única instância, sem mais recurso, importava a corporificação de um flagrante atentado ao princípio do juiz natural, constituindo, sempre que manejada, um juízo de exceção, porque estabelecido para decidir caso já criado cuja competência cabia a outro órgão do (sic) jurisdicional.”

Importante mencionar que, nesse período, foram requeridas onze advocatárias e o Supremo Tribunal Federal só concedeu quatro.

Nessa época, pelo contrário, o que se viu foi um incremento da reclamação.

#### 5- Previsão expressa na Constituição Federal de 1988

A partir do atual texto constitucional, a reclamação passou a ser nele explicitamente prevista, espancando as dúvidas quanto à constitucionalidade do instituto existentes nos períodos anteriores.

Além dessas cinco fases, Leonardo Morato inclui mais uma, considerada a sexta fase, que se iniciou com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e com a Lei Federal n. 11.417/2006.

---

17 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 219.

Não nos cabe aqui questionar acerca de serem cinco ou seis as fases do instituto, mas, apenas e tão somente, mencionar cada uma delas, de modo a melhor compreender como se chegou à atual configuração da reclamação constitucional.

### 1.1 Reclamação como medida administrativa

Leonardo Morato entende que a reclamação é um “instrumento jurídico processual, disponível ao interessado, com a finalidade de, em última instância, garantir os direitos fundamentais, as liberdades públicas e o próprio Estado Democrático de Direito, por meio da atuação dos órgãos máximos do Poder Judiciário”.<sup>18</sup>

Relembremos que o instituto sob exame é aplicável em razão de desrespeito, pelos tribunais inferiores ou pelos demais poderes – com exceção do Legislativo –, a provimento jurisdicional emanado dos Tribunais Superiores, de modo a garantir a autoridade de suas decisões, repelir indevida invasão em sua esfera de competência e, mais recentemente, em razão do desrespeito a súmula vinculante (nesse caso, de competência *exclusiva do Supremo*), para garantir também o respeito aos seus enunciados por parte dos poderes Judiciário e Executivo.

Dito isso, passamos à análise da reclamação como medida administrativa, demonstrando por que razão sua natureza jurídica não é a de medida administrativa.

Como já mencionado anteriormente, nos primórdios do instituto, especialmente na segunda fase de seu desenvolvimento, quando a reclamatória foi introduzida no regimento interno do Supremo, o instrumento possuía nítido caráter correicional.

Interessante mencionar as palavras de Marcelo Dantas, explicando a razão de, no início, a reclamação ter sido classificada como medida administrativa:

“No entanto, um tipo de que até agora não se falou, diferentemente do que ocorre com as outras, causa toda sorte de confusões e

---

18 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 84

desencontros. Trata-se da reclamação igualmente conhecida como correição parcial, constante da maioria das legislações estaduais de organização judiciária e dos regimentos internos de muitos tribunais, e que é mencionada, também, em algumas leis federais.

Além da identificação vocabular – que é séria, pois quando denominada como reclamação, a correição parcial quase sempre vem sem um adjetivo ou expressão distintiva – há sempre a possibilidade de misturá-la à reclamação objeto deste estudo, dado que o envolver histórico-jurídico de ambas possui muitos pontos de contato, como se verificará.”<sup>19</sup>

Na Justiça Federal, a correição parcial está prevista no inciso I do artigo 6º da Lei federal n. 5.010, de 30.05.1966 (Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal de 1ª Instância), não sendo denominada como reclamação correicional.

No Estado de São Paulo, do mesmo modo, o instituto está previsto no artigo 93 do Decreto-Lei Complementar n. 3, de 27.08.1969, também com a denominação de correição parcial.

Podemos perceber uma das fontes desse tipo de interpretação, qual seja, a denominação da correição parcial como reclamação correicional.

E ainda hoje, em alguns regimentos internos de tribunais, encontramos a correição parcial denominada como reclamação correicional, como informa Leonardo Morato, fazendo referência ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.<sup>20</sup>

Quanto à reclamação correicional, ilustrativo o julgado abaixo, proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

“Agravamento Regimental em Recurso Extraordinário – Acórdão Proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho em sede de reclamação correicional. Procedimento de natureza administrativa. Ausência de causa decidida em única ou última instância. Inciso III do artigo 102

19 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 31-32.

20 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 85.

da Constituição Republicana. Não cabimento do apelo extremo. O recurso extraordinário é cabível contra decisão judicial em sentido material, isto é, contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário no exercício de sua função propriamente jurisdicional. Daí o pressuposto constitucional de cabimento do apelo extremo, expresso na palavra ‘causa’ (inciso III do art. 102 da Lei Maior). Não se conhece, pois, de apelo extremo manejado nos autos de procedimento de natureza administrativa, como é a Reclamação Correicional. Os sistemas recursais próprios do processo judicial e do processo administrativo não se mesclam e é exatamente esta separação que resguarda os princípios do *due process of law*, entre os quais os do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do amplo acesso à Justiça. Precedentes: CC 7.082, REs 233.743, 229.786 e 213.696-AgR e AIs 566.376, 223.518-AgR e 316.458-AgR. Agravo regimental desprovido.” (STF – AgR RE n. 454421/ES, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. 23.05.2006, DJ, 08.09.2006, p. 41).

Daí o questionamento quanto à constitucionalidade do instituto, quando o intérprete entendia tratar-se a correição parcial e a reclamação constitucional do mesmo instrumento porque, como explicaremos mais à frente, a correição parcial é uma medida administrativa, de caráter correicional, mas que por muito tempo foi utilizada como um sucedâneo recursal, com poderes de alteração em decisões de caráter jurisdicional, em hipóteses em que não havia previsão de recurso.

A doutrina e a jurisprudência entendiam inconstitucional a correição parcial, se utilizada para modificar decisões judiciais.

Explica Leonardo Morato que as medidas correicionais objetivam a apuração de eventuais abusos praticados por magistrado, no exercício de suas atribuições, de modo que, constatada a sua ocorrência, sejam aplicadas ao faltoso as sanções previstas em lei e se retome o curso regular do processo.<sup>21</sup>

Os recursos, por sua vez, esses sim buscam a modificação, total ou parcial, da decisão judicial proferida.

<sup>21</sup> MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 85.

A reclamação constitucional foi, por muito tempo, confundida com a reclamação correicional, daí o questionamento quanto à sua natureza jurídica, entendida no início, por alguns, como de medida administrativa.

Explica-se a confusão, uma vez que, quando do surgimento da correição parcial nas leis processuais estaduais, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, ela tinha essa natureza.

Marcelo Dantas vai mais longe, ao buscar a origem do instituto nas correições do direito português, decorrente do poder de império do monarca, explicando ainda que medidas dessa natureza existem desde a época do Império Romano.<sup>22</sup>

Marcelo Dantas explica didaticamente a natureza da correição parcial e sua finalidade:

“Essa é a sua verdadeira natureza: medida administrativa e disciplinar interna da magistratura.

Dentro dessa perspectiva, a correição parcial sempre foi e é constitucional e legítima. Repita-se: como medida puramente administrativo-disciplinar, sem efeitos sobre as decisões proferidas no processo.

Se um Juiz proferiu uma interlocutória erradamente, provoca-se a correição para apontar o fato ao órgão superior da magistratura, que, verificando o equívoco, advertirá ou punirá o magistrado faltoso. Se se tratar de omissão, determinará a ele que pratique o ato que omitiu, sob as penas da lei. Nada mais que isso, porém, pois uma providência administrativa não pode ter o condão de, diretamente, alterar ou cassar uma decisão jurisdicional, nem de fazer surgir outra onde nenhuma havia.”<sup>23</sup>

Da leitura do trecho acima, podemos concluir que, na opinião de Marcelo Dantas, se a correição parcial limitar-se a providências administrativo-disciplinares para membros da magistratura, sem ocasionar modificação de provimento jurisdicional, como por vezes ocorreu, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade do instituto.

22 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 51.

23 *Ibidem*, p. 128-129.

E, por ser providência administrativa, não tem aptidão para modificar uma decisão jurisdicional.

E a reclamação, como já se mencionou neste trabalho, tem como uma de suas características justamente a possibilidade de alterar, cassar e/ou fazer surgir outra decisão jurisdicional ou administrativa no lugar daquela que desrespeite julgado dos Tribunais Superiores ou enunciado de súmula com efeitos vinculantes emanada do Supremo Tribunal Federal.

Essa é mais uma razão para que não se possa, com a devida *venia* dos que entendem diversamente, considerar a natureza jurídica da reclamação como sendo a de medida administrativa.

Os autores pesquisados dão ênfase à natureza *jurisdicional* da reclamação, o que acarretará, ao final, a consideração de que o instituto sob exame se apresenta como ação.

Outra observação ainda é cabível, sendo mais um argumento a sustentar não ser a reclamação medida administrativa: se o instituto tivesse natureza de medida administrativa, poderia ser adotado de ofício pelos Tribunais Superiores.

E não é isso o que ocorre com a reclamação, pois ela sempre depende de provocação dos interessados, conforme está previsto no artigo 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no artigo 187 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

E mais, se a considerássemos medida administrativa, suas consequências só poderiam atingir os órgãos inferiores do Judiciário.

Como se viu, na atual configuração, a decisão na reclamação produzirá efeitos no Judiciário, mas também em face do Executivo, se seu objeto for uma súmula vinculante desrespeitada, o que não poderia ocorrer se a medida fosse administrativa.

Leonardo Morato enfatiza o caráter jurisdicional da medida, ao se manifestar sobre a hipótese de cassação de decisão judicial ou administrativa que desafie reclamação: “Cassar uma decisão é típica atividade jurisdicional, sendo um absurdo pensar em medidas puramente administrativas capazes de banir a eficácia de atos de exercício da jurisdição.”<sup>24</sup>

---

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 198-199, apud MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 87.

Por fim, alinham-se mais alguns argumentos, a sustentar ser a reclamação medida jurisdicional:

- a possibilidade de *recurso* contra as decisões proferidas na reclamatória, conforme previsto nos artigos 26 a 39 da Lei n. 8.038/90;
- a decisão proferida produz coisa julgada e é passível de ação rescisória;
- a possibilidade de ser concedida medida liminar em sede de reclamação.

Quanto à possibilidade de concessão de liminar em sede de reclamação, ilustrativo o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade *erga omnes* e força vinculante. Efeito *ex tunc*. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.” (STF – AgR Rcl n. 2.600/SE, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.09.2006, *DJe* n. 72, de 02.08.2007, *DJ*, de 03.08.2007, p. 31).

Não verificamos nenhuma dessas características nas medidas administrativas, o que reafirma o caráter jurisdicional da reclamação em estudo.

Leonardo Carneiro, por sua vez, acrescenta mais um argumento a sustentar a jurisdicionalidade da medida: “A tudo isso acresce que a propositura de reclamação constitucional exige capacidade postulatória,

ou seja, representação técnica da parte por advogado devidamente constituído nos autos.”<sup>25</sup>

Por tudo quanto foi exposto a respeito, entendemos, em abono à tese defendida pelos doutrinadores aqui citados, que a reclamação é sim medida judicial, e não medida de caráter administrativo.

E não foi outro o entendimento do Supremo, como se pode verificar no julgamento da Reclamação n. 345/DF (Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 27.11.1991), abaixo ementada:

“1. Interesse de agir – Reclamação – Suspensão do processo – Efeito – O simples fato de o Juízo haver suspenso o processo em que proferida a decisão que se alega conflitante com o provimento emanado do Supremo Tribunal Federal, isto até que seja julgado recurso de revista, não importa na inexistência do interesse de agir na via da reclamação. Diversos são os objetos das medidas judiciais, bem como os tribunais competentes para julgá-las.

2. Reclamação – Decisão singular x Decisão do Colegiado – Discrepância. Se o Colegiado, apreciando rescisória ajuizada contra decisão singular, conclui que determinado tema não foi objeto de exame, impossível é potencializar uma simples referência. Do quadro exsurge que a questão foi versada de modo impróprio, sendo aparente o conflito.”

Fixado o caráter judicial da medida, passamos a analisar se a medida judicial é de caráter contencioso ou se pode ser enquadrada como medida de jurisdição voluntária.

## **1.2 Reclamação como medida de jurisdição voluntária**

Antes de adentrar nessa análise, cumpre esclarecer qual é o objetivo das medidas de jurisdição voluntária.

Leonardo Carneiro assim as explica:

---

<sup>25</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da, Natureza jurídica da reclamação constitucional. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 329. (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 8).

“[...] o certo é que a jurisdição voluntária assim se caracteriza por compreender atos autorizativos, homologatórios ou constitutivos de direitos. Em outras palavras, existem atos jurídicos que somente podem ser praticados por particulares, sob a supervisão, fiscalização, chancela ou autorização do Poder Judiciário. Daí ser necessária uma autorização, uma homologação ou uma atividade constitutiva.”<sup>26</sup>

Leonardo Morato segue na mesma linha de pensamento, ao dizer que:

“Destarte, a reclamação não pode pertencer à esfera da jurisdição voluntária. Pelos processos (ou procedimentos) dessa natureza, o que se busca é a constituição de situações jurídicas novas, a chancela do Poder Judiciário para determinados atos que o legislador entendeu de interesse público, porquanto a prática desses atos tem o condão de afetar interesses de terceiros.”<sup>27</sup>

Bem resumindo a questão, Marcelo Dantas assim se manifesta:

“Nessa visão, a jurisdição voluntária tem a função de permitir aos particulares praticarem, sob as vistas e com a chancela do Judiciário, atos jurídicos que, sem tal supervisão, não poderiam praticar. Basicamente – diz-nos a doutrina – refere-se ela a: tutela de pessoas incertas (herança jacente, coisas vagas, etc.); tutela de incapazes (*v.g.*, pátrio poder, curatela, interdição); exercício de atos especiais, sua documentação ou publicidade (como no casamento, extinção de usufruto, protestos, separações e divórcios consensuais e outros); tutela da prova de fatos jurídicos (*e.g.*, produção antecipada de prova); e, enfim, assistência judiciária, para suprimento de incapacidade, não jurídica, mas financeira.”<sup>28</sup>

---

26 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Natureza jurídica da reclamação constitucional*, cit., p. 330.

27 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 154, apud MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 90.

28 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 445.

Não é o caso, aqui, de ingressarmos na infundável polêmica acerca de ser ou não ser a jurisdição voluntária de natureza administrativa ou judicial.

O que nos interessa é, por meio do objetivo das medidas de jurisdição voluntária, diferenciá-las da reclamação, que claramente tem natureza jurídica de *ação*.

Em singela interpretação, pode-se definir a jurisdição voluntária como a administração pública de interesses privados.

E nem de longe é o que ocorre na reclamação, pois, em primeiro lugar, seus objetivos são completamente diferentes e o interesse defendido, em última análise, é *público* e não privado, ainda que uma das partes tenha ingressado em juízo para fazer valer uma decisão que a favoreça.

O interesse é público no sentido de fazer valer a autoridade das decisões do Poder Judiciário, seja na questão da invasão de competência, seja na hipótese de desrespeito aos comandos delas emanados, ou ainda na questão de assegurar o respeito às matérias sumuladas pelo Supremo com caráter vinculante.

Outro argumento a sustentar que a reclamação não possui natureza jurídica de medida de jurisdição voluntária é o fato de que nesta claramente existe uma *lide* posta em juízo, o que já não se pode dizer da jurisdição voluntária, objeto de extensa polêmica, justamente acerca da incerteza existente sobre serem esses procedimentos lides ou processos gratuitos.

Leonardo Morato explica claramente essa questão:

“Não pode haver dúvida que existe lide na reclamação e, portanto, de que se trata de medida judicial de caráter contencioso. O contraditório, na reclamação, está expressamente previsto em lei (art. 14, I, da Lei 8.038/90). O reclamante ingressa com a reclamação para demonstrar que está a ocorrer um desacato a um julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou uma usurpação da competência dessas Cortes, pretendendo comprovar que existe uma decisão proferida em seu favor, que merece ser cumprida, ou que tem o direito de ter a sua causa apreciada pelo órgão competente. À autoridade reclamada, a quem é imputado o desacato ou a usurpação, cabe demonstrar o

contrário, isto é, que não está a ocorrer nenhuma dessas práticas, ou seja, que o reclamante não tem razão.”<sup>29</sup>

Não se verifica a existência de contraditório na jurisdição voluntária e o pedido formulado é meramente homologatório de uma situação já ocorrida, o que não ocorre na reclamação constitucional, em que há expressa previsão da existência de contraditório, bastando verificar que é possível à autoridade reclamada, analogamente ao que ocorre no mandado de segurança, defender a prática do ato, demonstrando que ele não se enquadra dentre as hipóteses de cabimento da medida.

Além disso, não se busca na jurisdição voluntária alteração de alguma decisão judicial, e a decisão proferida nessa esfera não produz coisa julgada material.

Na reclamação constitucional ocorre justamente o contrário, busca-se a alteração da decisão proferida, de modo que seja sanado o vício que deu ensejo à propositura da medida, que faz coisa julgada material, tanto que pode ser objeto de ação rescisória.

Em suma, a reclamação constitucional também *não é* medida de jurisdição voluntária.

Passa-se, agora, a verificar se a reclamação, que não é medida administrativa e também não está inserida dentre as medidas de jurisdição voluntária, pode ser considerada como *processo objetivo*.

### **1.3 Reclamação como processo objetivo**

Cumpra agora analisar a tese da reclamação como tendo natureza jurídica de processo objetivo.

Em apertada síntese, processo objetivo é aquele no qual a lide posta em juízo não diz respeito a uma situação individual ou a relações subjetivas e na qual o interesse defendido é o da coletividade.

Exemplos dessa espécie de processos seriam a ação declaratória de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>29</sup> MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 89.

Não há uma *lide* propriamente dita, mas somente uma controvérsia, e os entes que podem dar início a tais processos devem demonstrar a existência de interesse da coletividade na causa.

Tais processos, mesmo no caso de inércia dos interessados, prosseguem mesmo assim e, além disso, qualquer das pessoas a quem a lei conferiu legitimidade para a propositura pode promover tais ações.

Já na reclamação, nada disso ocorre, pois:

- existe *lide* propriamente dita;
- o interesse protegido – em regra – diz respeito a uma situação individual e não coletiva;
- o interessado deve demonstrar a titularidade de seu direito;
- na inércia do interessado, os efeitos da revelia são aplicáveis;
- a reclamação não pode ser promovida por qualquer interessado, mas apenas por aqueles que demonstrem ter interesse subjetivo na solução da controvérsia;
- existe contraditório, ao contrário dos processos objetivos;
- no caso de inércia do interessado, pode ocorrer a extinção do processo.

Demonstrado então que a reclamação também *não* se configura como processo objetivo, passamos à análise da tese da reclamação como tendo natureza jurídica de recurso.

#### **1.4 Reclamação como recurso**

Em primeiro lugar, de acordo com o princípio da taxatividade, só é recurso aquele instrumento previsto em lei federal como tal.

Assim, só seria recurso o que estivesse elencado no rol do artigo 496 do Código de Processo Civil ou em outras leis federais que dissessem respeito a normas processuais.

Nesse rol *não* se encontra a reclamação.

Numa análise perfunctória do instituto, apenas a verificação da não inclusão da reclamação como recurso já poderia ser considerada suficiente para assim se concluir.

Quanto a esse argumento, Leonardo Carneiro é taxativo: “A reclamação constitucional não está prevista em qualquer dispositivo

de lei federal como recurso, razão pela qual não deve ser qualificada como tal.”<sup>30</sup>

Leonardo Morato, por sua vez, também é claro ao elencar esse argumento, também fundado no princípio da taxatividade:

“Ademais, é sabido que em nosso sistema vigora o princípio da taxatividade, pelo qual os recursos são previstos *numerus clausus*, em rol exaustivo. Em outras palavras, o que não estiver expressamente indicado pela lei como recurso não pode ser assim considerado. E a reclamação não está arrolada em nosso sistema como uma modalidade recursal.”<sup>31</sup>

Mas os doutrinadores elencam outros argumentos além desse, a sustentar a tese de que a reclamação constitucional não possui natureza jurídica de recurso.

Entre eles, está a previsão constitucional do instituto, elencada nos incisos I dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

Nesses dispositivos, a reclamação está prevista como hipótese de instrumento de competência *originária* das referidas Cortes.

E isso quer dizer que estamos diante ou de uma ação ou de um incidente processual, pois são esses institutos que estão enquadrados nas causas de competência *originária* das Cortes Superiores.

No caso do Supremo Tribunal Federal, as ações de competência originária daquela Corte – dentre elas a reclamação, na letra “l” – estão elencadas no inciso I do artigo 102.

Já os recursos estão elencados nos incisos II – recurso ordinário – e III – recurso extraordinário – do mesmo dispositivo.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, do mesmo modo, as ações de sua competência originária, estão elencadas no inciso I do artigo 105 – a reclamação está prevista na letra “f” – e os recursos nos incisos II – ordinário – e III – especial – do mesmo dispositivo.

---

30 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Natureza jurídica da reclamação constitucional*, cit., p. 331.

31 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 93.

Ou seja, se o constituinte pretendesse qualificar a reclamação como recurso, ela estaria inserida nos dispositivos mencionados, nos quais está clara a competência recursal das Cortes Superiores.

Outro argumento em sentido contrário é o da sucumbência, que será abaixo analisado.

Lembremos que a legitimar o interesse processual, no caso dos recursos, deve estar presente a sucumbência, seja ela total ou parcial.

Ou seja, *recorre quem perdeu*.

Leonardo Morato bem define essa questão, ao afirmar que:

“Sucumbência significa a não obtenção de tudo que se poderia ter obtido numa determinada decisão. Ou seja, para haver sucumbência, ou a decisão não é favorável, ou não é totalmente favorável a alguém, a parte sucumbente, que, por isso, tem interesse em recorrer para que seja proferida uma nova decisão acerca da mesma questão anteriormente decidida.”<sup>32</sup>

Já com a reclamação acontece algo completamente diferente, ou seja, muito ao contrário, ajuíza a reclamação quem ganhou a causa, mas não vê efetivada a decisão que lhe é favorável ou quem não ganhou nem perdeu, mas vê a causa se processar perante juízo incompetente para tanto.

Ou ainda, acrescentaríamos, quem vê desrespeitado enunciado de súmula com efeitos vinculantes, que lhe favorece, numa determinada demanda ou num processo administrativo.

Importante lembrar que para a interposição de um recurso, um dos pressupostos é a existência de uma decisão *judicial* em que haja previsão de recurso contra ela.

Se estivermos diante de um ato praticado na esfera administrativa, contra essa decisão não será possível a interposição de recurso perante o Poder Judiciário, pois somente decisões judiciais desafiam essa possibilidade.

Mas a reclamação, como já se mencionou, também pode ser ajuizada em razão de ato administrativo que se enquadre nas condutas passíveis de reclamação constitucional.

---

32 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 93.

Além disso, os recursos possuem *prazo preclusivo* para sua interposição, o que *não* ocorre com a reclamação, que não possui prazo para sua propositura, devendo ser observadas, todavia, as regras de decadência e prescrição.

Os recursos estão necessariamente ligados a uma demanda ainda em curso, tanto que são *interpostos*, e não ajuizados.

Já com a reclamação isso não acontece, pois pode ocorrer fato na esfera administrativa que dê ensejo a reclamação (mas não seja objeto de um processo judicial), nas três hipóteses em que ela é cabível.

Importante também frisar que nos recursos o que se pretende é a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão recorrida.

Com a reclamação nada disso ocorre, pois o que se busca é justamente a preservação da decisão já proferida e que está sendo descumprida.

Nos recursos, devolve-se o conhecimento da matéria já apreciada no juízo monocrático ao órgão colegiado.

Na reclamação, o que ocorre é uma nova causa de pedir, ou seja, o enquadramento do caso numa das hipóteses de reclamação e o conhecimento, assim, é originário.

Em sede recursal, não há a constituição de uma nova relação jurídica processual, ao contrário da reclamação, na qual isso ocorre e é inclusive necessária a citação do reclamado.

Leonardo Morato bem explica essa questão:

“Com a reclamação não se busca a reapreciação da matéria objeto da decisão reclamada – a que infringe julgado, que usurpa competência ou que desrespeita súmula vinculante –, tal como ocorre em um recurso, que, este sim, busca reexaminar (redecidir, rejulgar) o objeto da decisão recorrida. Busca-se, por meio da reclamação examinar, pela primeira vez (portanto não se trata de reexaminar), se o ato em questão (decisão reclamada) é ilegal em razão do desacato ou usurpação, para, daí, serem tomadas as providências pertinentes. Em suma, o recurso devolve a matéria

já apreciada ao órgão hierarquicamente superior (efeito devolutivo), o que não ocorre com a reclamação, que dá ensejo a uma causa nova.”<sup>33</sup>

Seria ainda possível pensarmos na impossibilidade de se ajuizar reclamação, se pendente ainda algum recurso contra a decisão violadora, questão que já foi objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência.

Mas essa questão já se encontra superada, em nosso entendimento, uma vez que o *caput* do artigo 7º da Lei federal n. 11.417/2006 já prevê que a reclamação poderá ser ajuizada sem prejuízo dos recursos ou outros meios de impugnação de decisões judiciais.

Entendemos ainda que esse dispositivo também se aplicaria às hipóteses de reclamação que não sejam relacionadas às súmulas vinculantes.

Assim, também em abono aos posicionamentos da doutrina aqui mencionados, entendemos que a reclamação constitucional *não tem* natureza jurídica de recurso.

O próprio Supremo já teve oportunidade de manifestar-se nesse sentido, como se pode verificar da ementa abaixo transcrita:

“Constitucional – Art. 102, I, l, da CF. Reclamação. Pressupostos de admissibilidade. Art. 13 da Lei 8.038/90. Processual civil. Art. 542, § 3º, do CPC. Retenção do recurso extraordinário. Usurpação de competência não configurada. Impossibilidade de provimento de natureza recursal em sede de reclamação.

1. A pretensão de afastamento da decisão que fez incidir o teor do § 3º, do art. 542 do CPC, escapa aos pressupostos previstos na alínea l do inciso I do artigo 102 da Constituição, reproduzidos no art. 13 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990.

2. Reclamação não é recurso e não se destina a examinar o ato impugnado com vistas a repudiá-lo por alguma invalidade processual-formal ou corrigi-lo por erros em face da lei ou da jurisprudência. 3. Usurpação de competência desta Corte não

---

33 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 97.

configurada.” (STF – AgR Rcl n. 3.800/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.02.2006, DJ, 09.06.2006, p. 4, LEXSTF, v. 28, n. 331, 2006, p. 210-217).

### 1.5 Reclamação como sucedâneo recursal

Existe ainda a tese de que a reclamação seria um *sucedâneo recursal*.

Ou seja, entende-se que a reclamação constitucional, por não estar elencada dentre os recursos possíveis, não seria recurso, mas apresentaria características que pudessem ensejar sua utilização como recurso.

Seria, assim, um sucedâneo recursal.

Melhor explicando, Leonardo Morato assim se expressa sobre essa tese: “[...] como o próprio nome diz, o sucedâneo recursal tem a finalidade de fazer as vezes de um recurso, o que, conforme se demonstrou, não é o intuito da reclamação.”<sup>34</sup>

Já Leonardo Carneiro, na mesma linha de pensamento, diz: “Este – o sucedâneo recursal – consiste em expediente que, embora não se revista do timbre recursal, faz as vezes de um recurso, porquanto se destina a obter a reforma ou a anulação de uma decisão naquele mesmo processo.”<sup>35</sup>

Marcelo Dantas sequer aceita a existência do instituto. Vejamos, abaixo, suas colocações sobre o tema:

“O entendimento de que a reclamação possa ser um recurso – ou, pior ainda, um sucedâneo recursal, expressão igualmente desvestida de técnica e inadmissível, *data venia*, se se busca, cientificamente, definir a natureza jurídica de uma dada entidade do Direito Processual – a meu ver, radica-se, ainda, na persistência daquela velha ligação entre reclamação e correição parcial, em nossa mentalidade jurídica.”<sup>36</sup>

34 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 99.

35 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Natureza jurídica da reclamação constitucional*, cit., p. 332.

36 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 455.

A razão dessa tese reside no fato de que a correição parcial, que com a reclamação foi confundida por muito tempo, era utilizada como recurso anômalo, em hipóteses de decisões não recorríveis, com o intuito de reformá-las ou anulá-las.

E por essa razão, a correição parcial era tida por inconstitucional.

Aceitando-se ou não a existência do instituto, de qualquer modo, pelas mesmas razões declinadas para refutar a tese da natureza jurídica recursal para a reclamação, não entendemos seja ela um *sucedâneo recursal*.

Também o Supremo já teve oportunidade de decidir no mesmo sentido, como se pode verificar da ementa abaixo:

“O despacho acoimado de ofender a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal negou seguimento, por razões processuais suficientes, ao recurso ordinário interposto contra acórdão em mandado de segurança. Por esse fundamento não é cabível reclamação, eis que a decisão da Corte Maior não cuida da matéria. Quanto à fixação do teto constitucional de R\$ 12.800,00 e a inclusão das verbas de natureza pessoal no teto pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte e Tribunal Superior Eleitoral não foram objeto da ADI 1898-1. A reclamação não pode servir de sucedâneo de recursos e ações cabíveis, como decidiu esse Plenário nas Rcl Ag.R. 1852, relator Maurício Correa e Rcl Ag.Rg. 724, rel. Min. Octávio Gallotti. Não cabe reclamação por ofensa a decisão proferida em sede administrativa. Reclamação não conhecida.” (STF – Rcl n. 1.591/RN, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.02.2003, *DJ*, de 28.03.2003, p. 64).

### **1.6 Reclamação como incidente processual**

A existência dessa tese tem por embasamento a circunstância de que, assim como os incidentes processuais, a reclamação, na hipótese de ser ajuizada para preservar a autoridade de um julgado das Cortes Superiores, deve necessariamente se referir a um processo anterior, em que o julgado tenha sido proferido.

Antes, porém, de analisar se tal hipótese é possível, convém verificar no que consistem os incidentes processuais.

Leonardo Morato nos apresenta um bom retrato do instituto:

“O incidente processual tem por objeto uma questão incidental de um processo, uma questão acessória, que deve estar diretamente ligada à questão ou à apreciação da questão dita principal (lide), esta sim que deu causa à instauração do processo. A questão incidental não tem vida própria, nem aptidão para ser objeto de processo autônomo, sendo certo que se instaura dentro de um processo, embutida neste.”<sup>37</sup>

O incidente processual pode acarretar uma mudança de rota dentro do processamento natural de uma ação judicial, podendo, ao final, resultar inclusive na extinção da ação em questão.

A tese da reclamação como incidente processual não se sustenta, pois, no incidente, sempre deve haver um prévio processo judicial, e na reclamação não é assim, pois pode existir caso de reclamação em que não exista um processo judicial anterior.

Mesmo na hipótese da reclamação fazer menção a um processo preexistente, ainda assim ela não é a ele incidente, mas constitui novo processo, com uma nova questão a ser analisada e julgada, a qual é logicamente posterior à decisão objeto de reclamação.

Como já mencionado, além disso, pela reclamação se constitui uma nova relação jurídica processual, o que não ocorre, em regra, nos incidentes processuais.

Portanto, entendemos também que a reclamação constitucional não é um incidente processual, muito embora possa ter sido ajuizada em razão de uma decisão judicial proferida em processo preexistente (essa é apenas *uma* das hipóteses de cabimento).

## 1.7 Reclamação como exercício do direito de petição

Esta tese é sustentada pela professora Ada Pellegrini Grinover, que se baseou no entendimento do Ministro Nelson Hungria, expendido na

---

37 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 100.

Reclamação n. 141/52, e foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2.212-1/CE.

Outro julgado no mesmo sentido, consagrando esse posicionamento, foi proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

“Ação direta de inconstitucionalidade: dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, *caput* e § 1º e 22, I, da Constituição Federal.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2.10.03, Ellen, DJ 14.11.2003), alterou o entendimento – firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (*v.g.*, Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) – do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, *caput* e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual.

2. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal – ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f).

3. Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual – na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos – possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal.

4. Ação direta julgada improcedente.” (STF – ADI n. 2480/PB, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007, *DJe*, n. 37, de 14.06.2007, *DJ*, de 15.06.2007, p. 20).

Observemos que essa é a atual posição do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza jurídica da reclamação.

Na opinião da professora, a reclamação constitucional seria uma garantia especial decorrente da previsão constitucional do direito de petição aos poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, inserida no artigo 5º, inciso XXXIV, “a”, da Carta Magna.

O Ministro Nelson Hungria havia declarado na reclamação citada que ela não era recurso, mas “simples representação, em que se pede ao Supremo Tribunal Federal que faça cumprir um julgado tal como nele se contém”.

Leonardo Morato transcreve o pensamento da professora Ada Pellegrini Grinover, nos seguintes termos:

“Já Ada Grinover sustenta que, para se aferir a natureza jurídica da reclamação, tendo em vista a atual constitucionalização do instituto, a ‘solução deve hoje ser buscada na própria Constituição’. Doutrina que a reclamação não teria como ser ação, porque o direito de ação ativa a jurisdição e tem como conteúdo o direito ao processo, assegurando às partes as garantias do devido processo legal e do contraditório, negando, pois, que tudo isso ocorra com a reclamação. Afirma a professora que, em vez disso, com a reclamatória não se pretende que o Estado exerça a jurisdição, sendo certo que já existe decisão – prestação jurisdicional – antes mesmo da reclamação, cuja finalidade é justamente assegurá-la.”<sup>38</sup>

Por sua vez, Artur Bonifácio, citado por Leonardo Morato, ao definir o que é o direito constitucional de petição, assim se expressou:

“Portanto, este é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais de caráter não jurisdicional que faculta ao indivíduo, singular ou em conjunto, se dirigir a quaisquer autoridades públicas

---

38 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 105.

apresentando petições, representações ou queixas destinadas à defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral.”<sup>39</sup>

Na realidade, o direito de petição é uma garantia constitucional, assim como a própria reclamação e o mandado de segurança.

Todavia, a reclamação mais se aproxima do mandado de segurança, cuja natureza jurídica é claramente a de ação, e nisso não há divergência na doutrina.

Extrai-se que o direito de petição não seria jurisdicional, pois não há necessidade da existência de um processo judicial em andamento para que ele possa ser exercido.

A crítica que se faz acerca da inexistência de prestação jurisdicional na reclamação (razão pela qual poderíamos enquadrá-la como manifestação do direito de petição), com a devida licença, não se sustenta, pois, na verdade, como já se mencionou, há sim prestação jurisdicional.

E a prestação que se pede, assim como no mandado de segurança, é de natureza mandamental, seja avocando a causa que esteja se processando em juízo diverso do das Cortes Superiores, seja determinando à autoridade reclamada que atenda ao comando emanado do julgado desacatado, ou ainda cassando a decisão violadora de súmula vinculante, que exare outro julgado, agora de acordo com a súmula.

Outro argumento a afastar essa tese é o da possibilidade de exercício do direito de petição também no âmbito administrativo, o que não ocorre na reclamação porque, ainda que a reclamatória tenha sido motivada por ato administrativo que se enquadrasse nas possibilidades de propositura da medida, de qualquer modo, é necessária a intervenção judicial, por meio do ajuizamento de uma ação.

Esse posicionamento é minoritário na doutrina, todavia, em respeito à grande processualista Ada Pellegrini Grinover, e também em razão do fato do Supremo Tribunal Federal tê-lo adotado, era necessário analisá-lo.

---

39 BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004. p. 81, apud MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 106.

## 1.8 Reclamação como remédio processual

Do mesmo modo que no item anterior, este posicionamento também é minoritário, sendo defendido por Cândido Rangel Dinamarco, todavia será objeto de análise, em respeito à sua autoridade no seio do direito processual civil brasileiro.

Para um melhor entendimento acerca dessa tese, nada melhor do que as palavras do próprio professor, transcritas na obra de Leonardo Morato, tantas vezes citada neste trabalho:

“Mesmo não sendo um recurso, a reclamação tem natureza e finalidade tipicamente jurisdicionais, não administrativas. O que ali decide o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça vai além da eficácia consistente em chamar o juiz à obediência ou de preservar o espaço constitucionalmente reservado a um desses Tribunais. Ao repelir a desobediência ou proclamar sua competência, o Tribunal afasta a eficácia de um ato realizado pelo juiz ou Tribunal inferior a título de exercício da jurisdição e com pretendida eficácia sobre um litígio ou sobre o processo em que este se desenrola. Ele realiza, portanto, um controle que de algum modo irá atingir os litigantes, o seu litígio ou o processo em que estão envolvidos.”<sup>40</sup>

Do mesmo modo, entendemos, assim como Leonardo Morato, que essa definição não é suficientemente clara, pois Cândido Rangel Dinamarco afirma que a reclamação é jurisdicional, que busca exercer um controle sobre o processo em que a violação ocorreu, mas não avança para explicar por que razão a reclamatória não teria natureza jurídica de ação.

## 1.9 Reclamação como ação

Esta tese é a que maior acolhida vem encontrando na doutrina, muito embora no Supremo Tribunal Federal ela tenha cedido passo à consideração da reclamação constitucional como exercício do direito de petição, na esteira do magistério de Ada Pellegrini Grinover.

---

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 61, p. 102, nov. 2000, apud MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 108.

Um dos primeiros doutrinadores a defender a tese da reclamação como ação foi Pontes de Miranda, cujo entendimento sobre a matéria, transcrito por Leonardo Morato, é o seguinte:

“A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por invadente da competência do tribunal superior é constitutiva negativa. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz e repele a interpretação que fora dada à decisão sua, no tocante à força e à eficácia, também é constitutiva negativa. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por ter retardado, materialmente, a cognição do tribunal superior é mandamental.”<sup>41</sup>

Por sua vez, José da Silva Pacheco, citado por Leonardo Morato, assim expressou seu posicionamento sobre essa questão:

“Trata-se, na realidade, de ação, fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a resolução já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos; e de que se eliminem os óbices ou se elidam os estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir.”<sup>42</sup>

Relembremos que os autores citados escreveram sobre o assunto antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, razão pela qual, em seus posicionamentos, não analisaram a hipótese de violação de súmula vinculante.

Nota-se que a preocupação de Pontes de Miranda era mais relacionada a que tipo de ação seria a reclamação, e não no sentido de analisar sua natureza jurídica, por ele entendida como de ação.

A lição de José da Silva Pacheco nos parece mais próxima do que seria mais adequado à proposta deste trabalho, ao mencionar mais claramente as hipóteses de cabimento da medida, com exceção da violação a súmula vinculante.

41 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5, p. 384, apud MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 109-110.

42 PACHECO, José da Silva. A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 646, p. 30, ago. 1989, apud MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 109.

Todavia, do mesmo modo que a citação de Pontes de Miranda, o posicionamento transcrito de José da Silva Pacheco não é suficiente para se sustentar a tese da reclamação como ação, sendo necessários outros argumentos.

São posicionamentos importantes para a melhor compreensão do instituto, preparando o terreno para os argumentos que serão a seguir elencados e que, esperamos, sejam suficientes para a sustentação da tese.

Nas lições elementares do direito processual, classificamos um instituto como ação se ele contiver três elementos fundamentais, a saber: partes, pedido e causa de pedir.

Na reclamação constitucional, conforme nos ensinam os doutrinadores citados, esses três elementos estão presentes, pois as partes são o reclamante, aquele que está sendo prejudicado pela decisão atacada, e o reclamado, qual seja, aquele que está praticando a violação, seja ele o juiz que está descumprindo a decisão do Tribunal Superior ou o administrador que esteja descumprindo o julgado ou o posicionamento transcrito em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

O pedido é justamente que a violação ocorrida, de alguma maneira, deixe de ocorrer, por meio de provimento mandamental.

A causa de pedir é a própria conduta passível de reclamação.

Marcelo Dantas, que muito bem sustentou a mesma tese, elenca três argumentos nesse sentido, conforme se pode verificar abaixo:

“O primeiro argumento em favor dessa possibilidade é o de que, não sendo incidente processual, como se viu, contém-se – fora da ordem administrativa – na competência originária das cortes às quais a Constituição ou a lei a atribuem.

O segundo está na impossibilidade de caracterizá-la como qualquer outra coisa, consoante se demonstrou nos itens anteriores a este.

O terceiro reside na circunstância de que a reclamação se enquadra, perfeitamente, em todos os requisitos necessários a conceituá-la como ação:

a) por meio dela se provoca a jurisdição – na espécie, das cortes a que a Constituição ou lei nela prevista a atribuem;

b) através dela se faz um pedido de tutela jurisdicional – o de uma decisão que preserve a competência da corte, a qual esteja sendo usurpada por outro tribunal ou juízo inferior, ou que imponha o cumprimento de decisão daquela, que não esteja sendo devidamente obedecida;

c) contém uma lide, consoante já afirmado em itens anteriores – o conflito entre quem deseja manter a competência da corte, de um lado, resistido por quem persiste em invadi-la, do outro; ou entre o que pretende seja o *decisum* daquela integralmente cumprido, numa banda, enfrentando a resistência, da outra, por parte do que teima em não obedecê-lo.

Possui, então, a reclamação, os três elementos da ação:

a) partes – o reclamante, isto é, quem quer preservar a competência ou a autoridade da decisão da corte; e o reclamado, ou seja, quem está invadindo a referida esfera competencial, ou desobedecendo decisão proferida dela;

b) pedido – a decisão que resguarde a competência da corte ou imponha o cumprimento do seu julgado; e

c) causa de pedir – a invasão de competência ou a desobediência à decisão da corte.”<sup>43</sup>

Na Lei n. 8.038/90, a reclamação está enquadrada dentre os processos de competência originária das Cortes Superiores, no Capítulo II, artigos 13 a 18.

E assim o é porque a própria Constituição Federal assim prevê, nos artigos 102, I, letra “l” (STF) e 105, I, letra “f” (STJ).

Esse é um dos mais importantes argumentos em defesa da natureza jurídica de ação para a reclamação constitucional, pois, contrariamente aos demais institutos, a reclamação *nasce nos Tribunais Superiores*, assim provocados por meio de ação ajuizada pelo interessado.

Além disso, lembre-se que a reclamação *não está prevista* como recurso e, pelo princípio da taxatividade, só é recurso o instrumento assim definido por lei.

---

43 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 459-460.

Pelo que pudemos perceber até o momento, a reclamação tem muitos pontos de semelhança com o mandado de segurança, este indubitavelmente definido por Hely Lopes Meirelles como ação civil de rito especial<sup>44</sup>.

Basta verificarmos a exigência de apresentação de provas documentais pré-constituídas, sua não classificação como recurso, a previsão de informações da autoridade reclamada, a possibilidade de liminar, o atributo de sua decisão, de produzir coisa julgada material, a ensejar revisão apenas por meio de ação rescisória, a sua não vinculação a outra ação e a existência dos três elementos necessários à existência de uma ação (partes, pedido e causa de pedir).

Diferença fundamental é a existência do prazo decadencial e preclusivo de 120 dias para o mandado de segurança e a inexistência de preclusão, apenas a observância do prazo decadencial previsto para as ações em geral, para a reclamação.

Isso não foi mencionado pelos doutrinadores, mas, se um instrumento é tão parecido com o mandado de segurança, que indubitavelmente é ação, porque também não o seria?

A reclamação, relembremos, exige capacidade postulatória, legítimo interesse e representação da parte por advogado.

A ação de reclamação tem sede constitucional, consubstanciando-se em instrumento de garantia de direitos, estando inserida no contexto da jurisdição processual constitucional. Trata-se, assim, de um *writ* constitucional similar ao mandado de segurança.

Além disso, tanto na Constituição Federal, em seu artigo 103-A, parágrafo 3º, quanto nas Leis federais ns. 8.038/1990 e 11.417/2006, está previsto que o julgamento da reclamação será pela procedência ou *improcedência* da ação.

E procedência diz respeito a julgamento de *ações*, e não de institutos diversos delas.

---

44 MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança*: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção..., cit., p. 34-35.

Leonardo Morato sintetiza bem essa tese, ao dizer que:

“A reclamação provoca o exercício da atividade jurisdicional, porque a Corte competente para apreciá-la decide a lide que lhe foi submetida, para pôr fim à controvérsia existente entre as partes, mediante uma decisão que substitui a vontade destas (as partes). E a reclamação possibilita a resolução da situação ilegal do desacato (a uma decisão ou a uma súmula vinculante) ou da usurpação (de uma norma de competência), sendo certo que a Corte competente para apreciar a reclamação pode valer-se de qualquer medida que repute adequada e que venha a ser necessária para esse fim.”<sup>45</sup>

Reparemos que, ao final da citação acima, verificamos, inclusive, que as Cortes Superiores poderiam utilizar-se das chamadas *medidas de apoio* previstas no Código de Processo Civil, para a solução da controvérsia (aplicação de multa diária, por exemplo).

Esse seria, em nosso entendimento, mais um argumento a sustentar a natureza jurídica de ação da reclamação constitucional, pois essas medidas só são aplicadas no processamento de ações, e não de outros instrumentos processuais.

## 2 Reclamação constitucional e o respeito à súmula vinculante

Nas hipóteses de desrespeito às súmulas vinculantes, ou sua indevida aplicação, seja por parte da Administração, seja por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário, a Constituição Federal prevê a possibilidade de reclamação.

Se a violação for proveniente do Legislativo, contudo, a reclamação não será cabível, pois o Poder Legislativo não está vinculado ao que foi estatuído em súmula vinculante, podendo, inclusive, editar lei em sentido contrário.

Não faria sentido a súmula ter o pretendido caráter vinculante se nenhuma consequência adviesse de sua não observância.

<sup>45</sup> MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 111.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal assumiu também o papel de Corte de Cassação, pois, se acolhida a reclamação, a Corte anulará o ato administrativo violador ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida em seu lugar, com ou sem a aplicação da súmula, conforme a reclamação se refira à não observância ou à aplicação indevida do enunciado.

## 2.1 Previsão constitucional

Com a criação da súmula vinculante, alguma consequência deveria haver, na hipótese do descumprimento de seu enunciado, quer pelo próprio Poder Judiciário, quer pelo Poder Executivo.

O constituinte revisor optou por utilizar a reclamação constitucional, para que fosse garantido o cumprimento do quanto determinado pelo Supremo Tribunal Federal, ao sumular determinada matéria e conferir a uma determinada súmula o caráter de vinculante.

Assim, no parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal consta a previsão de utilização da reclamação constitucional para tal fim.

Ao fazer essa opção, o constituinte revisor acabou por criar mais uma hipótese de reclamação constitucional, que veio somar-se às outras duas preexistentes, criadas pelo constituinte originário, quais sejam a usurpação de competência e o desacato às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Quanto à usurpação de competência, entendemos pertinente a transcrição de ementa de reclamação apresentada em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual foi julgada procedente, tendo ocorrido a cassação da decisão reclamada:

“Constitucional. Reclamação. Violação da autoridade de acórdão prolatado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Concurso público. Magistério superior. Exigência de aprovação em concurso público específico para acesso ao cargo de professor titular. Alegado direito à promoção baseado na unicidade da carreira de docência.

Reclamação ajuizada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) contra acórdão prolatado pelo e. Superior Tribunal

de Justiça, que reconheceu ao interessado o direito de promover-se, por promoção automática, ao cargo de professor titular. Alegada violação da autoridade de precedente específico da Corte, que decidira que a exigência de concurso específico não violava a autonomia universitária (art. 206 da Constituição). Reclamação conhecida e julgada procedente para cassar o acórdão reclamado.” (STF – Rcl n. 2.280/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01.04.2008, *DJe*, n. 70, de 17.04.2008).

Já quanto ao desacato, ilustrativo o julgado abaixo, proferido pelo Supremo:

“Reclamação. Governador do Estado. Legitimidade ativa. Precatório. Pagamento. Observância à decisão proferida na ADI 1662-SP. Preterição. Sequestro de verba pública. Hipótese de cabimento da medida constritiva.

1. Reclamação por descumprimento de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Governador do Estado. Legitimidade ativa para sua proposição, tendo em vista sua capacidade postulatória para o ajuizamento de idêntica ação direta. Precedentes.

2. Reclamação. Pressupostos. Conhecimento da causa em relação ao ato concreto praticado em desacordo com o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Admissibilidade da via processual eleita contra qualquer ato concreto que resulte afronta à competência desta Corte ou à autoridade de suas decisões. Precedente.

3. Precatório alimentar. Vencimento do prazo para o seu pagamento e não inclusão, pela entidade estatal, da verba necessária à satisfação do débito não se equiparam à quebra da ordem cronológica dos precatórios e, por isso, não legitimam a ordem de sequestro. A efetivação do pagamento do precatório, com quebra da ordem de precedência dos títulos, é a única hipótese constitucional a autorizar a medida constritiva.

4. Precatório. Pagamento. Quebra da ordem de precedência. Preterição. Não ocorrência. Sequestro. Não cabimento. Observância

à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação conhecida e julgada procedente.” (STF – Rcl n. 1.185/PA, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.10.2003, *DJ*, de 06.02.2004, p. 32).

Relembremos que essa é uma espécie particular de reclamação, pois só pode ser proposta, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, por aqueles a quem foi atribuída legitimidade para tanto.

Além disso, a hipótese de cabimento da medida é o desrespeito a enunciado de súmula com efeitos vinculantes editada pelo Supremo Tribunal Federal, até o momento o único tribunal que está constitucionalmente autorizado a conferir efeito vinculante a uma súmula.

Esse desrespeito ocorre, como visto, quando a autoridade reclamada deixa de aplicar o disposto na súmula vinculante ao caso concreto, ou quando indevidamente a aplica.

Bem esclarecendo esse ponto, Leonardo Morato afirma:

“De acordo com o art. 103-A da CF, a reclamação poderá ser proposta para evitar ou impugnar o desrespeito a uma súmula vinculante, o que ocorrerá ou por não ter sido aplicada a súmula; ou por ter sido aplicada inadequadamente; ou por ter sido aplicada quando não aplicável; ou por ter sido distorcido o conteúdo da súmula em sua aplicação no caso concreto; ou por terem sido desbordados os limites da súmula; ou por ter sido ela interpretada inadequadamente; e por tantas outras situações que de qualquer modo acabem configurando um desrespeito à súmula (e, portanto, da autoridade do STF, o responsável pela edição da súmula).”<sup>46</sup>

Acolhida a ação, o Supremo Tribunal Federal determinará, conforme o caso, a cassação da decisão judicial ou a anulação do ato administrativo violador de súmula vinculante, bem como que seja proferida outra decisão, com ou sem a aplicação da súmula.

Mencione-se que, contrariamente ao que a doutrina defende, o Supremo Tribunal Federal considera – até o momento – que a reclamação

---

46 MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 225-226.

tem natureza jurídica de *exercício do direito de petição*, posição defendida por Ada Pellegrini Grinover e que foi acolhida no julgamento da ADI n. 2.212-1/CE.

Não obstante tal circunstância, neste trabalho adotamos, em abono ao majoritário entendimento doutrinário, a tese da reclamação como ação judicial.

Atentemos para as duas espécies de atos que podem dar ensejo a reclamação para que seja assegurado o respeito às súmulas vinculantes.

Primeiramente, na esfera judicial, entendemos que qualquer que seja o ato judicial praticado, despacho, sentença ou acórdão, se ele disser respeito a matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes, e estiver em desacordo com o enunciado sumular, desafia reclamação diretamente à Corte Suprema.

Do mesmo modo, qualquer espécie de ato administrativo que desrespeite o que foi estatuído pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes desafia reclamação diretamente àquela Corte.

Todavia, se o ato violador de súmula foi praticado na esfera do Poder Legislativo, como já mencionado neste trabalho, não é possível ao prejudicado ajuizar reclamação, pois o efeito vinculante só é oponível ao Poder Judiciário e à Administração Pública.

Até aqui, poderíamos entender que o dispositivo constitucional não necessitaria de regulamentação, sendo, portanto autoaplicável. Todavia, não é o caso de adentrarmos nessa polêmica questão sobre a autoaplicabilidade ou não de dispositivos constitucionais.

Certo é que foi sancionada a Lei federal n. 11.417/2006 para disciplinar o procedimento para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, e que acabou tratando também da espécie de reclamação ora estudada.

Essa lei foi editada com o objetivo de disciplinar o procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal.

No que nos interessa, a Lei n. 11.417/2006 tratou da reclamação em seu artigo 7º, onde acabou por inserir uma limitação à reclamação

contra desrespeito a súmula vinculante, ao estatuir que se a reclamação for contra ato administrativo, ela só será admissível se o prejudicado comprovar ter esgotado a esfera administrativa.

Essa limitação, não prevista pelo constituinte revisor, vem causando grande polêmica no meio jurídico, pois entendem alguns doutrinadores que tal limitação estaria ofendendo a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Esse assunto será objeto de item específico, dada a polêmica instaurada com sua inclusão na disciplina da reclamação, visando à garantia do respeito à súmula vinculante.

Esse dispositivo trouxe um esclarecimento importante, ao dizer que a reclamação é cabível independentemente da possibilidade de utilização dos recursos ou outros meios de impugnação previstos na legislação processual.

Em nosso entendimento, essa expressão vem reforçar que a natureza jurídica da reclamação não é a de recurso ou sucedâneo recursal e, além disso, podemos também dela extrair que a reclamação pode ser proposta mesmo se houver recurso pendente tratando da mesma questão ou se tiver sido proposta ação rescisória ou sido ajuizado mandado de segurança sobre o mesmo tema.

É importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal não decidirá o mérito da demanda, tarefa que cabe ao juiz da causa ou à autoridade administrativa competente para a prática do ato administrativo objeto de reclamação.

O Supremo apenas determinará que, no julgamento da causa, seja ou não aplicada súmula vinculante que tenha sido editada sobre o tema em debate, pois, se assim não fosse, ocorreria a supressão de instância.

Outra novidade importante trazida por essa lei é a prevista em seu artigo 9º, que veio a inserir um novo dispositivo à Lei federal n. 9.784/99 (lei que regula o processo administrativo federal), qual seja, o artigo 64-B, o qual prevê a responsabilização pessoal do administrador, nas esferas cível, administrativa e penal, quando, após acolhida pelo Supremo Tribunal Federal reclamação em razão de desrespeito a súmula vinculante, não forem adequadas as futuras decisões administrativas em casos semelhantes.

Verifica-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal tem um instrumento poderoso para obrigar a Administração a respeitar o que foi decidido em sede de reclamação, em razão de violação de súmula vinculante, mas não possui instrumento semelhante para compelir o próprio Poder Judiciário a fazer o mesmo.

Mas Leonardo Morato afirma que também em relação ao Judiciário esse dispositivo é aplicável, pois a intenção do legislador foi permitir a responsabilização pessoal da autoridade responsável pela inobservância da súmula vinculante.<sup>47</sup>

Cumpre-nos, agora, analisar especificamente a reclamação em razão de ato administrativo que desrespeite súmula vinculante.

## **2.2 Reclamação contra ato administrativo e a exigência do esgotamento da esfera administrativa para admissão da reclamação. Constitucionalidade ou não da exigência contida no artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006**

Questão interessante foi trazida no artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006. Nesse dispositivo, o legislador, nas hipóteses de reclamação em decorrência de ato administrativo que desrespeite súmula vinculante, condiciona a possibilidade de reclamação ao esgotamento prévio da esfera administrativa.

Como já dissemos, se dúvidas existiam quanto à possibilidade de reclamação em decorrência de ato administrativo, não só que desrespeite súmula vinculante, mas também que usurpe competência ou desacate decisões dos Tribunais Superiores, elas deixaram de existir com o advento da Lei n. 11.417/2006, que expressamente prevê essa possibilidade.

A crítica feita pelos doutrinadores é se a limitação prevista no artigo 7º, parágrafo 1º, estaria ou não ofendendo o texto constitucional, na medida que tal limitação interferiria na garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Para bem entendermos essa questão, é necessário que relembremos o que significa essa garantia constitucional.

---

<sup>47</sup> MORATO, Leonardo Lins, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, cit., p. 256.

O professor Alexandre de Moraes, ao se manifestar sobre o tema, assim se expressou: “O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV).”<sup>48</sup>

O autor enquadra essa garantia dentro do princípio da legalidade, como se vê.

E nessa seara, entende que não é necessário o esgotamento das vias administrativas para que o cidadão esteja autorizado a postular a prestação de tutela jurisdicional. Nas suas palavras:

“Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.”<sup>49</sup>

Poderíamos dizer que a Lei n. 11.417/2006, ao condicionar a possibilidade de reclamação em decorrência de ato administrativo ao prévio esgotamento da mencionada esfera, não estaria violando o princípio da legalidade, pois não estaria impedindo que o interessado ingressasse diretamente em juízo, sem aguardar o desfecho do processo administrativo, apenas estaria limitando que isso fosse feito por meio de reclamação.

E nisso não haveria qualquer inconstitucionalidade.

O autor citado lembra que a própria Constituição Federal prevê uma hipótese de exigência de prévio esgotamento da esfera administrativa para que seja admitido o acesso ao Judiciário, nos casos de ações atinentes à Justiça Desportiva, previstas no parágrafo 1º do artigo 217

---

48 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. rev. e atual. até a EC n. 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010. p. 83.

49 *Ibidem*, p. 84.

do texto constitucional, todavia não é necessário que se aguarde o término do processo administrativo para que seja possível ingressar em juízo.

Como se pode verificar, em regra, de acordo com o texto constitucional, não se exige o esgotamento da esfera administrativa para que o Judiciário possa apreciar lesão ou ameaça a direito.

Esse princípio da legalidade previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal contém uma garantia fundamental do cidadão, que é a do livre acesso ao Poder Judiciário.

A garantia em questão é também chamada de garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, princípio da proteção judiciária ou da ubiquidade da justiça.

Ela se apresenta sob duplo enfoque, ou seja, o da vedação constitucional a que se limite esse acesso e o de prestação devida pelo Estado ao jurisdicionado, na medida que o Poder Judiciário, órgão estatal, não pode recusar-se a essa prestação.

E a prestação jurisdicional é justamente o dado mais importante a ser considerado para a exata compreensão da previsão constitucional.

Importante frisar que a existência dessa garantia em nível constitucional é uma forma de proteção contra as tentações autoritárias de quaisquer dos poderes da República, e um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Delimitado o enfoque que nos interessa, cumpre mencionar que, além do caso da Justiça Desportiva, no qual é colocado como requisito de admissibilidade para a ação judicial o esgotamento da esfera administrativa, existem outras hipóteses em que essa condição também se faz presente, sem que se cogite a respeito de inconstitucionalidade de tais exigências.

Trata-se dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, tais como a arbitragem, cuja lei foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, os processos administrativos existentes no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os Tribunais de Impostos e de Taxas e os Conselhos de Contribuintes.

Em todos esses casos, existindo decisão administrativa ou quando ela ainda não foi proferida, a parte não está proibida de ingressar em juízo na defesa de seus interesses, violados ou ameaçados de violação.

Nessa situação, poder-se-ia entender que não estaríamos tratando de negativa de prestação jurisdicional, mas apenas de exigência de atendimento de um pressuposto processual, qual seja, o prévio ingresso ou esgotamento da esfera administrativa.

Esses podem ser considerados os argumentos jurídicos em defesa da constitucionalidade dessa exigência, mas, além deles, existem ainda os argumentos políticos a justificar essa aparente limitação.

Lembremos que compete ao Supremo Tribunal Federal a análise de questões jurídicas de extrema relevância para o país.

A não existir limitação alguma, qualquer indeferimento de pedidos administrativos feitos pelos cidadãos, por parte das autoridades administrativas, teria que ser apreciado pelo Supremo, se alegada alguma das hipóteses que autorizam o ajuizamento de reclamação.

Com certeza, tal situação acarretaria a falência do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional, tendo em vista a miríade de reclamações que teriam que ser apreciadas pelo mais importante órgão do Poder Judiciário brasileiro.

De qualquer modo, entendemos que ainda não é o momento de afirmar com segurança que essa aparente limitação seria inconstitucional, porque essa questão ainda não foi suscitada perante o Supremo Tribunal Federal, que, em última análise, é quem diz se uma norma é ou não constitucional.

Enquanto não for ajuizada ação declaratória de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade questionando esse dispositivo, não podemos, na prática, afirmar se ele seria constitucional ou não.

Todavia, considerando-se que a atual tendência das Cortes Superiores é no sentido de limitar as matérias que devem ser por elas apreciadas, podemos imaginar que essa limitação não será considerada inconstitucional.

Lembremos que não se está proibindo o cidadão de ir ao Judiciário na defesa de seus interesses, apenas mitigando o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, exigindo que se a parte pretender ajuizar *reclamação constitucional* em razão de ato administrativo, que previamente ingresse na esfera administrativa e a esgote, para, só então, ingressar judicialmente, utilizando essa medida.

Como já dito, a reclamação, na dicção do *caput* do artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, não impede a parte de utilizar os recursos e outros meios de impugnação de decisões judiciais previstos na legislação processual, na defesa de seus interesses.

Em outras palavras, se a parte desejar ajuizar reclamação em razão de ato administrativo que se enquadre nas hipóteses de cabimento, deve, na letra da lei, comprovar o esgotamento da esfera administrativa.

Se, contudo, desejar se utilizar qualquer outro provimento jurisdicional para questionar o mesmo ato administrativo, o esgotamento da esfera administrativa para que a medida judicial seja aceita não seria necessário.

Enfim, cumpre, neste momento, aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

### **3 Conclusões: as perspectivas do instituto**

Como vimos no desenvolvimento deste trabalho, com o advento da Emenda Constitucional n. 45 e a entrada em vigor da Lei n. 11.417/2006, a reclamação constitucional, antes restrita às hipóteses de usurpação de competência e desacato às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, ganhou novo impulso, com a criação de mais uma hipótese de cabimento, qual seja, o desrespeito a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante foi inserida em nosso sistema de modo a conferir maior efetividade às decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal sobre questões constitucionais, assegurando o respeito aos enunciados vinculantes, por parte dos poderes Executivo e Judiciário.

Nessa medida, a possibilidade de reclamação em caso de desrespeito trouxe maior força ao instituto da súmula vinculante, pois se assim não fosse, o desrespeito ao que foi sumulado pela Corte Suprema não traria qualquer consequência àqueles que assim procedessem.

No caso da Administração Pública, as consequências para o descumprimento são ainda mais sérias, pois o artigo 9º da Lei n. 11.417/2006 veio a acrescentar o artigo 64-B à Lei n. 9.784/1999, o qual determina ao administrador que, na hipótese de acolhimento de reclamação em razão de desrespeito a súmula vinculante, faça as necessárias adequações

às decisões administrativas futuras sobre a mesma matéria objeto da reclamação, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Espera-se que, ao menos em relação ao Poder Público, que a possibilidade de reclamação, cumulada com a responsabilização pessoal do administrador, iniba eventuais desrespeitos às súmulas vinculantes e, nessa medida, a consequência seria uma menor incidência de reclamações relativas a esse tema.

Já com relação ao Judiciário, em razão da polêmica surgida com a mitigação do princípio do livre convencimento, não há como prever como esse Poder se comportará em relação às súmulas vinculantes, sendo mais prudente que aguardemos a análise dos casos concretos pelo Supremo, para, só então fazer alguma conjectura a respeito.

Verifica-se que a reclamação constitucional ganhou maior relevo, ao se constituir num importante instrumento para dar maior efetividade às súmulas vinculantes, todavia, espera-se uma diminuição na utilização do instituto, ao menos com esse objetivo, pois o desrespeito às súmulas acarretará consequências mais graves àqueles que assim procederem.

Com relação às súmulas vinculantes, assunto intimamente ligado à reclamação, espera-se que surjam cada vez mais súmulas com esse caráter, de modo que as questões submetidas ao Supremo Tribunal Federal sejam, apenas e tão somente, aquelas de fato relevantes para a sociedade, para que o órgão supremo do Poder Judiciário possa exercer em sua plenitude a vocação de Corte constitucional, conforme estabelecido em nossa Carta.

A tendência, como se verifica nas recentes notícias sobre o tema, é que o Supremo conjugue dois institutos, a repercussão geral e a súmula vinculante, de modo a possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a edição de súmulas referentes às causas decididas de forma majoritária por aquela Corte, desafogando o Tribunal do atual acúmulo de causas que assola a mais importante Corte de Justiça de nosso país.

Em notícia publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 01.05.2008, foram apresentadas breves explicações sobre a cumulação dos dois institutos, que julgamos pertinentes a este trabalho, e que estão abaixo transcritas:

“A diferença entre a repercussão geral e a súmula vinculante é que a primeira dá ao ministro do STF a possibilidade de rejeitar o assunto em questão como de interesse social, econômico, político ou jurídico e devolvê-lo ao tribunal de origem. Ou seja, o STF nem julga o assunto e o devolve, aplicando um dique a inúmeras ações.

Já a súmula é a edição de uma tese que resolve ao mesmo tempo uma série de processos semelhantes, mas que não passaram necessariamente pelo filtro da repercussão geral. O que os mecanismos têm em comum é o fato de que a decisão deve ser aplicada em qualquer processo pelos tribunais e que os temas julgados não voltam mais ao STF.”

No mesmo sentido, o jornal *Valor Econômico* publicou em 02.05.2008 notícia em que descreve como está sendo o procedimento do Supremo Tribunal Federal nesses casos:

“A nova sistemática inaugurada na quarta-feira começa com uma definição do Supremo – feita pelos ministros na intranet do tribunal – sobre quais processos devem ser objeto de repercussão geral. Para tanto, basta que os ministros identifiquem, entre os recursos que recebem, os casos de relevância social, jurídica, política ou econômica. Ao definir que um caso é de repercussão geral, o Supremo emite uma ordem a todo o Judiciário brasileiro para que suspenda a tramitação das ações que tratam do mesmo tema – o chamado sobrestamento de processos – até que defina o mérito do caso. Em seguida, os ministros colocam o caso de repercussão na pauta de julgamentos do pleno. Durante o julgamento, os ministros definem seu entendimento sobre a disputa, que deverá ser aplicado em todas as ações que repetem o mesmo tema em andamento na corte. A novidade agora é que, além de definir todos os processos repetitivos ao julgar apenas um processo, o Supremo decidiu transformar este entendimento em súmula vinculante – o que obriga todo o Judiciário e o poder público, em todas as suas esferas, a seguir a mesma posição adotada.”

Como se pode verificar, ao conjugar os dois institutos, o Supremo Tribunal Federal decide se o caso sob exame tem repercussão geral e também emite uma súmula vinculante a respeito, de modo que não tenha mais que julgar causa alguma envolvendo a mesma matéria.

Mais recentemente ainda, em 08.05.2008, entrou em vigor a Lei federal n. 11.672/2008, que instituiu instituto semelhante à repercussão geral no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do mesmo modo que no Supremo Tribunal Federal, agora em relação ao recurso especial.

Por meio dessa lei, foi acrescentado ao Código de Processo Civil o artigo 543-C, o qual prevê que, na hipótese de haver multiplicidade de recursos tratando de uma mesma questão de direito, o Superior Tribunal de Justiça poderá selecionar apenas um ou alguns casos representativos da controvérsia, sobrestando os demais nos tribunais de origem.

Entendemos que essas observações são pertinentes ao tema aqui tratado, pois verificamos que o Superior Tribunal de Justiça, com a entrada em vigor dessa lei, passou a adotar um instrumento semelhante à repercussão geral, sendo possível concluir que, muito em breve, será instituída a súmula vinculante também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e, nesse caso, será necessária alteração da Lei federal n. 11.417/2006, ou edição de lei específica, incluindo a possibilidade de reclamação constitucional no caso de desrespeito a súmula vinculante instituída pelo Superior Tribunal de Justiça.

Todos esses fatos, somados, nos levam a concluir que o princípio da efetividade da prestação jurisdicional vem inspirando as mudanças recentemente ocorridas, de modo que o Supremo Tribunal Federal exerça plenamente sua vocação de Corte Constitucional e o Superior Tribunal de Justiça sua função de guardião da legislação federal infraconstitucional, sem que sejam a eles submetidas questões de interesse e direito locais, que podem ser melhor analisadas pelos tribunais dos Estados.

Esperamos, com a elaboração deste trabalho, ter contribuído para o aprimoramento dos estudos referentes ao tema da reclamação constitucional, que ganhou maior importância com o advento das súmulas vinculantes em nosso ordenamento jurídico.

#### 4 Referências

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Natureza jurídica da reclamação constitucional. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325-341. (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 8).

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, a representação interventiva e a reclamação constitucional no STF*. 30. ed. atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. rev. e atual. até a EC n. 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010.

MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, 15).

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 8).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# O fortalecimento da ordem jurídica internacional através da transplantação de institutos de direito constitucional para o direito internacional

Vinicius Lima de Castro<sup>1</sup>

Tradicionalmente, o direito internacional tem sido construído a partir do uso da chamada analogia doméstica. Enquanto no passado tal analogia ocorria especialmente em relação às normas e institutos de direito privado, nos últimos tempos, o direito internacional tem se desenvolvido a partir do uso da analogia referente a normas e institutos de direito público, especialmente de direito constitucional.

O fenômeno internacional acompanha as Constituições já de longa data. A Constituição norte-americana, nesse sentido, foi a primeira a trazer dispositivos concernentes à ação exterior do Estado, o que foi fruto de muitas reflexões dos *founding fathers* daquele texto.

O tratamento constitucional do direito internacional, contudo, pelo menos até a Segunda Guerra Mundial, ficava adstrito ao impacto do direito internacional no direito interno. Assim, quase sempre tal tratamento se restringia a temas como divisão de competências em matéria de relações exteriores e incorporação do direito internacional pelo direito interno.

Após a Segunda Guerra Mundial, o tratamento constitucional do direito internacional, além de se desenvolver dentro daqueles temas clássicos, começou a se preocupar com o próprio conteúdo do direito internacional. Em resumo, em um primeiro momento, as Constituições

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo.

se preocupavam com a influência do direito internacional no direito interno e a questão da divisão dos poderes na conduta das relações exteriores. Por sua vez, num segundo momento, foi ponto de preocupação para as Constituições a organização estrutural do direito internacional, tornando-se elas pontos de apoio para a construção deste.

Afonso Arinos de Melo Franco parece ter percebido com clareza essas duas tendências: a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional:

“A primeira é visível na inclusão, em todas as Constituições modernas, de verdadeiros preceitos de direito internacional. A segunda se revela pela criação de organismos políticos, a que todos os Estados juridicamente organizados aderem, organismos estes que adotam, à guisa de tratados fundadores, verdadeiras Constituições internacionais, providas de órgãos que muito lembram os existentes nas instituições internas dos Estados.”<sup>2</sup>

Embora a ideia de um direito internacional constitucional, oriundo do fenômeno da constitucionalização do direito internacional, não seja nova, Afonso Arinos parece ter percebido a *conexão necessária e complementar entre a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional*.

Não obstante, parece o autor acreditar que os dois fenômenos aconteceriam de modo sucessivo, não havendo mais a preocupação de consolidar a ordem jurídica interna (internacionalização do direito constitucional), e sim a de organizar juridicamente a comunidade internacional dentro de uma estrutura estável.

Não parece ser essa a melhor interpretação dos dois fenômenos. Na verdade, são eles complementares, mas também concomitantes, por duas razões básicas.

A primeira delas tem a ver com o fato de que os sistemas constitucionais internos continuam evoluindo no sentido de internacionalizarem os seus direitos constitucionais. O processo é contínuo, e não se pode

---

2 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 1, p. 175.

dizer que há uma Constituição do mundo que seja ideal, no que tange à regulamentação de matérias internacionais.

A segunda razão se liga justamente à crítica de Habermas ao projeto kantiano de paz perpétua. Sabe-se que Kant fazia assentar a paz perpétua entre os Estados em três pilares: a Constituição republicana, no âmbito do *jus civitatis*, a Federação de Estados, no âmbito do *jus gentium*, e a hospitalidade universal, no âmbito do *jus cosmopoliticum*.

Habermas justamente aponta que Kant imaginava a expansão da associação entre Estados, em que todos seriam repúblicas pacifistas. Mas, de fato, uma organização mundial – a ONU – uniu todos os Estados sob um mesmo teto, e independentemente do fato de serem tais Estados repúblicas ou respeitarem os direitos humanos.

De fato, a tal consolidação de que falou Afonso Arinos ainda não se realizou, de modo que a internacionalização do direito constitucional ainda não chegou ao seu fim, coexistindo com o fenômeno da constitucionalização do direito internacional.

É, portanto, na convergência desses dois fenômenos que se encontra o atual tratamento constitucional do direito internacional. Inúmeras Constituições contemporâneas estão engajadas na formação do direito internacional, o que, portanto, volta a negar a ideia de separação entre ordem internacional e ordem interna.

Para Mirkine-Guetzévitch, *o termo direito constitucional internacional seria “um conjunto de regras constitucionais nacionais que possuem, por seu conteúdo, um significado, uma eficácia internacional”*<sup>3</sup>. Mas tal noção surgiu no período entre guerras, no qual se desenvolveu uma tendência de harmonização entre as regras de direito internacional e as regras de direito constitucional.

Os fenômenos da internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional não podem ser compartimentalizados. A influência do direito constitucional no direito

---

3 Mirkine-Guetzévitch, apud GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição: uma análise do caso brasileiro*. Material das aulas 2 e 3 da disciplina Direito Constitucional Internacional, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Constitucional – UNISUL/IDP/REDE LFG.

internacional é justamente a maior característica do direito constitucional internacional posterior à Segunda Guerra Mundial, no tratamento das relações internacionais. As diversas Constituições possuem, sim, a função de construir e fortalecer o direito internacional, devendo seu conteúdo, portanto, cumprir esse papel. Nesse sentido, determinadas normas constitucionais possuem e devem possuir uma significação internacional, uma vez que são voltadas para fora, e não somente para dentro do sistema jurídico interno.

Antonio Cassese delineou quatro fases da “abertura” das Constituições à comunidade internacional. O primeiro período se inicia com a Constituição norte-americana e finda com a Primeira Guerra Mundial. Da Constituição de Weimar até a Segunda Guerra Mundial, é o período da segunda fase. A terceira fase compreende a Constituição Francesa de 1946 até o final da década de 50. E, a partir do fim dos anos 50, até ao menos 1985 – data em que o autor ministrou seu curso – desenrolou-se a quarta fase.

Por outro lado, pode-se perceber a presença de uma quinta fase, tendo justamente por início o fim da Guerra Fria e o advento de um novo constitucionalismo nos antigos países socialistas, especialmente naqueles do Leste europeu.

Cada virada de fase é nitidamente marcada por uma revolução. No caso, teríamos, na primeira fase, as Revoluções Americana e Francesa; na segunda, a Primeira Guerra Mundial e o surgimento da União Soviética; na terceira, a Segunda Guerra Mundial; na quarta, o advento do movimento de descolonização e o início da Guerra Fria; na quinta, o fim da Guerra Fria.

Mais impressionante ainda é perceber que em todas as fases há um recrudescimento do clamor pela democracia. Após as revoluções liberais, a primeira e a segunda guerras mundiais, além do movimento de descolonização e o fim da Guerra Fria, conclama-se pela existência de democracia tanto no plano interno como no plano internacional. Não é à toa que, após todas essas fases, o direito internacional sofreu transformações significativas, uma vez que pareceria incoerente mudanças somente na esfera interna.

Disso se retiram duas conclusões. A primeira delas é a de que há uma especial vinculação entre democracia e a presença de dispositivos concernentes às relações exteriores nas Constituições internas.

A segunda conclusão é a de que o direito constitucional também influencia o sistema internacional, o que leva novamente a crer que a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional são fenômenos não somente complementares, como também concomitantes.

A primeira fase, iniciada com a Constituição norte-americana e com a Revolução Francesa, foi o primeiro movimento que veio a constitucionalizar matérias atinentes às relações exteriores.

A inovação da Constituição norte-americana foi considerar a existência e a força obrigatória de normas internacionais, no caso, especificamente, os tratados internacionais.

Assim, dizia o se artigo 6º, 2º:

“Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que se façam em seu cumprimento e todos os tratados celebrados ou que se celebrem sob a autoridade dos Estados Unidos serão a lei suprema do país e os juízes em cada um dos Estados estarão sujeitos a ela, sendo nulas as leis de cada um dos Estados ou a sua Constituição que em qualquer caso sejam contrárias a eles.”

Também prevê, no artigo 1º, seção 8, § 100, que seria competência do Congresso definir e punir a pirataria e os crimes cometidos em alto-mar, além de ofensas contrárias ao direito internacional (*law of nations*).

Ambos os dispositivos demonstram a preocupação dos *founding fathers* da Constituição Americana com o direito internacional. É assente que o primeiro dispositivo surgiu para evitar que os Estados membros viessem a desprezar o direito internacional.

O segundo dispositivo também é uma clara demonstração da existência do direito internacional e da necessidade de os direitos internos o complementarem.

A reflexão sobre o fenômeno internacional esteve presente durante toda a Revolução Francesa. Uma vez que a França estava envolvida em inúmeros conflitos e submetida a pressões de países europeus, naturalmente a reflexão sobre o direito à guerra (*jus ad bellum*) teria de constar das Constituições revolucionárias. Desse modo, a Constituição de 1791 dispôs que a França renunciaria às guerras de conquista, sendo a ela defeso o uso da força contra a liberdade de outro povo.

O tratamento constitucional dessas matérias na Constituição americana e nas Constituições francesas pode ser visto como o grande estopim para se constitucionalizarem matérias atinentes às relações exteriores. Não obstante, tais conquistas foram mitigadas durante os anos, no primeiro caso, e no próprio seio da revolução, no segundo.

Destarte, o dispositivo prescrevendo que os tratados internacionais seriam parte do direito norte-americano foi interpretado no sentido de que o direito internacional convencional possuiria o mesmo grau hierárquico das leis federais. Isso significa que o princípio *lex posterior derogat priori* seria aplicado no caso de conflito entre tratado internacional e lei federal. Ademais, a doutrina da incorporação não foi estendida ao direito internacional geral ou comum, de modo que somente o direito internacional convencional seria parte do direito norte-americano.

Outras interpretações da Constituição norte-americana levaram a sentidos aparentemente divergentes dos propostos pelos *founding fathers*. A exacerbação da distinção entre acordos autoexecutáveis (*self-executing*) e acordos não autoexecutáveis (*non-self-executing*) e a não necessidade de apreciação pelo Senado de acordos internacionais, quando não considerados tratados internacionais, são exemplos desse tipo de interpretação.

No caso francês, a própria Constituição de 1793 não mais estabeleceu dispositivo proibitivo da chamada guerra de conquista, o que de fato foi uma involução. Tal dispositivo proibitivo somente ressurgiria com a Constituição de 1848.

De todo modo, nos dois casos, a referência ao direito internacional é parca, além de serem Constituições isoladas, no que tange ao tratamento da questão. Pode-se dizer que elas sofriam de um internacionalismo moderado, uma vez que permitiam o desrespeito ao direito internacional.

A segunda fase, iniciada pela Constituição de Weimar, trouxe aspectos novos do tratamento das relações internacionais no âmbito das Constituições. Num intento de democratização, tal Constituição, diferentemente da norte-americana, proclamou pela primeira vez ser o direito internacional geral parte integrante do direito alemão, além de se comprometer explicitamente com o pacifismo, em seu preâmbulo.

A necessidade de dispositivos nesse sentido certamente teve origem com a visão dos constituintes de que a Alemanha, como derrotada da

Primeira Guerra Mundial, deveria se coadunar com as regras de direito internacional. Novamente aqui, mas no âmbito do direito internacional geral, pretendia-se que qualquer lei oriunda de Estados membros fosse inferior às normas de direito internacional. Além disto, era previsto que o presidente, o chanceler ou os ministros poderiam ser impedidos, no caso de violações a tais normas internacionais.

A Constituição da Áustria, na esteira da Constituição de Weimar, previu um dispositivo similar, considerando o direito internacional geral parte integrante do direito austríaco. Também previa que a Corte Constitucional poderia julgar acerca de violações de direito internacional.

A Constituição espanhola de 1931 foi a Constituição do período que mais radicalizou em matéria de internacionalização do direito constitucional.

Ela admitiu que tanto o direito convencional como o direito costumeiro faziam parte do direito espanhol, sendo que o primeiro seria superior à legislação ordinária, o que representou uma evolução incalculável, uma vez que tal consagração era inédita até então.

Além disso, fazia a Espanha renunciar à guerra como instrumento de política nacional, proibia os tratados secretos, estabelecia a obrigação de que as Convenções da hoje OIT fossem submetidas ao Parlamento para serem discutidas e obrigava a aplicação dos princípios da Liga das Nações para o recurso à guerra. Por fim, estabelecia a obrigação incrivelmente visionária de que a Espanha deveria aplicar os dispositivos relevantes da Liga das Nações, mesmo em caso de retirada da organização.

Cassese bem percebe que tais disposições possuem dois efeitos, um no direito interno e outro no direito internacional. Isso leva a reforçar a ideia, como já delineado, de que a Constituição espanhola foi precursora em tratar conjuntamente os fenômenos da internacionalização do direito constitucional e da constitucionalização do direito internacional.

Contraponto à Constituição espanhola, a Constituição da União Soviética de 1924, tratou minimamente do tema das relações exteriores. Isso se explica facilmente pela atitude do socialismo frente ao direito internacional, considerando-o produto dos Estados capitalistas, que reproduzia concepções de tal sistema econômico. Nesse ponto, parece ter

havido retrocesso no direito constitucional internacional, não pelo fato de a Constituição soviética reproduzir concepções socialistas, mas porque ela se omitiu na constitucionalização daquelas matérias, o que será parcialmente reparado na Constituição de 1977.

Não é possível, entretanto, pensar que os avanços das três Constituições anteriores tenham sido levados até as últimas consequências.

No caso alemão, pode-se tecer algumas considerações. Embora a Constituição tenha previsto que o direito costumeiro faria parte do direito alemão, havia uma proposta que previa que todo o direito internacional seria assim considerado, além de possuir nível hierárquico superior ao direito federal. Tal proposta foi, evidentemente, rejeitada.

Desenvolvimentos posteriores levaram à crença de que as “regras geralmente reconhecidas de direito internacional” seriam somente aquelas que a Alemanha tivesse expressamente consentido e o direito costumeiro poderia ser preterido pelo direito federal da Alemanha.

Tais tendências mostram bem a derrocada da Constituição de Weimar e a ascensão do nacional-socialismo, total e estrategicamente desvinculado da necessidade de obrigar-se por normas internacionais.

Quanto à Constituição austríaca durante esse período, o dispositivo que permitia à Corte Constitucional julgar violações de direito internacional não foi aplicado. Também foi dada uma interpretação bastante restritiva à norma que previa que o direito internacional geral fazia parte do direito austríaco.

O tratamento do direito internacional geral pela Constituição espanhola não foi abrangente. Primeiramente, não concedia a ele *status* hierárquico superior, assim como fazia com os tratados. Também a Constituição a ele se referia como “regras universais de direito internacional”, o que levava a entender que a Espanha somente estaria vinculada às normas costumeiras que expressamente assentisse. De todo modo, a Constituição espanhola foi, de fato, um marco no direito constitucional internacional.

A terceira fase, tendo por estopim a Constituição francesa de 1946, trouxe várias inovações, não propriamente do ponto de vista da inserção do direito internacional no direito interno, mas no aspecto da conduta da guerra e na possibilidade de limitações da soberania em nome de organizações internacionais.

No que tange ao direito convencional, a Constituição francesa de 1946 estipulou que os tratados possuiriam nível hierárquico supralegal. Sem dúvidas, houve uma grande evolução nesse sentido.

O preâmbulo dessa mesma Constituição possui diversas estipulações, como a que permite limitações à soberania necessárias à organização e à defesa da paz, a proibição da guerra de agressão e a conformação da República Francesa às regras de direito público internacional.

As três potências vencidas na Segunda Guerra Mundial, naturalmente também conformaram suas Constituições ao direito internacional.

A Constituição alemã de 1949, em seu artigo 25, previu que: “As normas gerais do direito internacional público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepoem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal.”

O mais inovador desse dispositivo é que ele consagrou, além da aplicação imediata e a superioridade do direito consuetudinário em relação às leis internas, a personalidade do indivíduo perante o direito internacional, uma vez que estabeleceu que as normas de direito internacional geral a ele se aplicam imediatamente.

Ademais, assentou a possibilidade de limitação da soberania, tendo em vista a adesão a organizações internacionais. Essa incrível inovação fazia permitir não somente que o Estado cumprisse diretamente decisões emanadas de organizações internacionais clássicas, como também deu margem para que fossem desenvolvidas estruturas supranacionais com aceitação por parte do direito constitucional. Nesse sentido, outras Constituições europeias, tendo em vista o corolário da integração, vieram a prever a possibilidade de tal limitação.

A Constituição italiana de 1947 também prevê o direito costumeiro como parte do direito italiano. No artigo 10 estabelece: “O ordenamento jurídico italiano se conforma às normas de direito internacional geralmente reconhecido”. Também estabelece o repúdio à guerra como meio de solucionar controvérsias e ir de encontro à liberdade de outros povos. Do mesmo modo, também prevê a possibilidade de limitação de soberania.

Por fim, a Constituição japonesa de 1947 dispõe que os tratados e o direito internacional estabelecidos devem ser fielmente observados.

Embora tal preceito não indique claramente o nível hierárquico superior dos tratados frente às leis, assim se entende. Durante a elaboração da Constituição, levou-se em consideração três aspectos: 1) o internacionalismo é um dos princípios básicos da Constituição; 2) requer-se que os tratados sejam aprovados pela Dieta; 3) a frase “devem ser fielmente observados” significa a superioridade dos tratados frente às leis. De todo modo, a prática e a jurisprudência têm reiterado tal caráter. O direito internacional consuetudinário também é considerado, da mesma maneira, como gozando de nível supralegal.

Quanto à proibição da guerra, a Constituição japonesa é extremamente avançada.

Ela renuncia para sempre à guerra como um direito de soberania da nação, assim como à ameaça da força como modo de solucionar disputas internacionais. E ainda vai mais longe no comprometimento de não manter nenhum tipo de força, quer terrestre, marítima ou aérea ou qualquer outra com potencial de guerra, afirmando que não será reconhecido o direito de beligerância do Estado.

Diante de todos esses desenvolvimentos, é possível ainda visualizar alguns problemas dessas principais Constituições do período

Quanto à Constituição francesa de 1958, que sucedeu a de 1946, não se pode olvidar que foi instituída a chamada *reserva de reciprocidade*, que considera os tratados como de nível supralegal somente quando a outra parte também assim procede. Essa marca foi deixada em diversas antigas colônias francesas, após o movimento de descolonização.

A condição de reciprocidade é bastante falha e não se coaduna com as necessidades do direito internacional contemporâneo, uma vez que é possível duvidar que se aplique a reciprocidade em campos de especial interesse à comunidade internacional no seu conjunto.

As Constituições alemã e italiana, mesmo considerando a superioridade do direito costumeiro frente às leis internas, não vão tão longe para consagrar a superioridade dos tratados. Isso, inclusive, levará a diversos conflitos de suas Cortes constitucionais com Cortes supranacionais. No caso específico da Itália, uma corrente sustentava que, pelo princípio *pacta sunt servanda*, indubitavelmente de direito internacional geral,

poder-se-ia defender um lugar mais privilegiado aos tratados, ao menos de superioridade em relação às leis. Contudo, tal interpretação mostrou-se isolada, e os tratados, via de regra, continuam sendo equiparados às leis internas, em caso de conflito.

Quanto ao pacifismo japonês, as necessidades da Guerra Fria, aqui destacando-se a posição geograficamente estratégica do Japão para os Estados Unidos, mostraram-se mais fortes que os dispositivos constitucionais. Foi considerado, portanto, que, através de uma revisão constitucional tácita, seria permitido o uso da força armada quando se tratasse de caso envolvendo autodefesa.

O final dos anos 50 mostravam o início de um período que duraria cerca de 40 anos e que colocaria em confronto duas superpotências ideologicamente rivais. Essa bipolarização mostrou-se um campo ideal para reivindicações pretendendo tornar o sistema internacional mais democrático.

As Constituições desses novos Estados continham – e às vezes contêm até hoje – diversos dispositivos referentes às relações exteriores.

O que se pode perceber é que a atitude das Constituições desses diversos Estados é normalmente prudente em termos de abertura ao direito internacional de seus direitos constitucionais, como pelos menos era também nos foros internacionais, à época da Guerra Fria. Comumente, as Constituições desses Estados preferem (ou preferiam) se referir não ao direito internacional geral, mas à Carta da ONU ou a princípios desenvolvidos com a Carta. Do mesmo modo, a atitude em relação aos tratados também é prudente, muitas vezes não dispendo sobre sua posição hierárquica no direito interno. E no caso da atitude em relação à proibição da guerra, também são extremamente tímidas as disposições de tais Constituições.

Também nota-se que, durante tal período, o aprofundamento da integração europeia levou várias Constituições revisadas, ou Constituições novas – como as da Grécia, de Portugal e da Espanha –, a tomarem em consideração uma maior abertura internacional, especialmente no que tange à inserção no movimento integracionista regional.

O fim da Guerra Fria não proporcionou somente a mudança do sistema internacional. Deu margem também à reestruturação política dos antigos Estados socialistas e ao advento de um novo constitucionalismo.

Do mesmo modo que aconteceu nas Revoluções Americana e Francesa, nas duas Guerras Mundiais e no movimento de descolonização, o fim da Guerra Fria trouxe um enorme ânimo democrático àqueles antigos Estados socialistas, tendo esse fenômeno influenciado a abertura dessas Constituições ao direito internacional.

Essas Cartas, em sua grande maioria, fazem referência ao direito internacional e ao seu impacto no direito interno, sendo que muitas delas tomam partido pela prevalência do direito internacional.

Não obstante, o fato mais marcante dessa fase é a menção ao direito internacional dos direitos humanos, quer se referindo a instrumentos convencionais, quer ao direito internacional geral – que favorece uma interpretação a toda a normatividade do direito internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, é fácil perceber que as Constituições das fases anteriores não mencionavam os direitos humanos no plano internacional. As Constituições portuguesa e espanhola formam parte do grupo de Constituições que primeiramente se referiram a instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Enquanto a segunda afirma que os direitos e as liberdades fundamentais deverão ser interpretados de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados de direitos humanos, a primeira vai mais além, uma vez que consagra substancialmente o mesmo que a Constituição espanhola, em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de conceder *status* constitucional às normas internacionais que consagrem direitos e garantias.

Do mesmo modo, percebe-se que essa tendência em privilegiar o direito internacional dos direitos humanos também está presente nas novas Constituições africanas, e mesmo em novas Constituições da América Latina.

As Constituições dos antigos países socialistas, no entanto, não são alheias às conquistas das fases anteriores, ou seja, consagram dispositivos que afirmam a prevalência e a aplicação do direito internacional geral ou convencional, em relação ao direito interno.

Assim, Constituições como a da Armênia, da Bulgária – que Eric Stein considera, ao menos no aspecto da abertura ao direito internacional, o texto

mais avançado –, da Estônia, do Cazaquistão, da Rússia e do Tadjiquistão proclamam a superioridade hierárquica dos tratados frente às leis internas.

As Constituições do Uzbequistão, do Turcomenistão e da Bielorrússia consagram a primazia do direito internacional geral, enquanto as Constituições da Lituânia e da Romênia afirmam que os tratados farão parte de seus respectivos direitos internos. A Constituição húngara, por sua vez, consagra que o sistema jurídico deve assegurar a harmonia entre as obrigações assumidas no direito internacional e o direito interno, enquanto a Constituição da Eslovênia prevê a aplicação direta dos tratados, afirmando também que as leis internas devem estar de acordo com princípios gerais de direito internacional e tratados válidos.

As Constituições da Croácia e da Rússia preveem a possibilidade de transferência de soberania a organizações internacionais.

No caso específico dos direitos humanos, a Constituição russa prescreve, em seu artigo 17, que os direitos e liberdades da pessoa e do cidadão são reconhecidos e garantidos conforme os princípios e normas de direito internacional geralmente reconhecidos.

Também prevê a todas as pessoas a possibilidade de recurso a órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. As Constituições da República Checa, da Moldávia e da Romênia também garantem lugar privilegiado para o direito internacional dos direitos humanos na ordem jurídica interna. Esta última, especificamente, prevê que os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e outros tratados em que a Romênia seja parte, além de afirmar que, em caso de conflito entre direito interno e tratados de direitos humanos de que a Romênia seja parte, os últimos prevalecerão.

Tais Constituições poderiam ir além, consolidando mais as conquistas das fases anteriores. Percebe-se que o tratamento das questões internacionais é bem diverso nas distintas Constituições.

É difícil prever se o avanço dessas Constituições será minimizado durante o transcorrer dos anos, como aconteceu com Constituições de outras fases, sendo a Constituição brasileira de 1988 um perfeito exemplo disso, em relação ao artigo 5º, parágrafo 2º. O que se pode dizer é que tais Constituições estabelecem um novo marco no tratamento de questões

afeitas às relações internacionais: a complementaridade do direito interno e do direito internacional na proteção dos direitos fundamentais.

O marco para as Constituições que dispõem sobre os princípios que regem as relações exteriores é a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU, de 24 de outubro de 1970.

A Declaração surgiu da evolução da noção de coexistência pacífica, fundamental para um período de guerra fria. Parece certo que contribuíram fundamentalmente para a formação da declaração os novos Estados independentes, o impasse nuclear, o movimento não alinhado, diversas proclamações de princípios com vistas à coexistência pacífica e tantas outras resoluções da Assembleia Geral da ONU sobre o assunto.

A Declaração estabeleceu sete princípios: 1) proibição do uso ou ameaça da força; 2) solução pacífica das controvérsias; 3) não intervenção nos assuntos internos dos Estados; 4) dever de cooperação internacional; 5) igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; 6) igualdade soberana dos Estados; 7) boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais.

A Declaração não foi, na verdade, uma emenda à Carta da ONU, e sim uma interpretação de seus princípios. Uma vez que a interpretação da Carta não pode se restringir ao texto, a prática da Organização contribui para formar o direito da Organização Internacional.

Na medida que tais princípios já estavam consagrados no direito internacional, alguns poderiam dizer que somente possuiria a Declaração uma força declaratória. Todavia, tal instrumento se propõe a mais que isso, cumprindo o papel de interpretar a Carta das Nações Unidas.

Na medida que a Declaração foi fruto de muitos esforços do movimento não alinhado, naturalmente a interpretação desses princípios se configurava como proposta de um novo direito internacional. E na medida que muitos desses princípios foram inseridos em diversas Constituições internas, passaram eles a ter uma função não somente doméstica, no bojo do Estado, mas também uma função externa, contribuindo para o desenvolvimento de uma ordem internacional baseada nesses princípios.

Pode-se visualizar os princípios constitucionais que regem as relações exteriores como princípios políticos constitucionalmente conformadores.

Assim, neles se cristalizam *opções políticas nucleares*, refletindo a *ideologia inspiradora da Constituição*. Por serem o “cerne político de uma Constituição política”, disso poderia se inferir que são eles limites ao poder de revisão, sendo mais visados quando de profundas alterações do regime político.

Discute-se se seria conveniente enumerar princípios concernentes às relações exteriores nas Constituições dos Estados. É verdade que a enunciação de tais princípios não os torna mais obrigatórios, ao menos do ponto de vista do direito internacional. De fato, ao direito internacional interessa apenas que o Estado cumpra suas obrigações internacionais. É certo que se a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados deixou consagrado que não se pode alegar o descumprimento de um tratado internacional em virtude do direito interno – a não ser que tal violação seja manifesta e em virtude de uma regra de direito interno de importância fundamental –, isso se aplica a qualquer obrigação internacional do Estado, e não somente àquelas convencionais.

Está certo Remiro Brotons ao afirmar que esses princípios cumprem um papel de moralização e de educação da opinião pública, contribuindo para o surgimento de uma *consciência nacional solidária com a sociedade internacional*, sendo uma *alavanca mobilizadora*, fazendo decrescer a “introversão nacionalista” e dando margem a uma interpretação constitucional “amiga” ou harmônica do direito internacional.

A doutrina da interpretação constitucional “amiga” ou harmônica do direito internacional surgiu no contexto do direito constitucional alemão. Os tribunais daquele país, seguindo o *Bundesverfassungsgerricht*, subscrevem um princípio que requer que o direito interno seja interpretado conforme as obrigações internacionais assumidas pela Alemanha. De vários dispositivos constitucionais que se referem ao direito internacional na Lei Fundamental alemã, tribunais, assim como a doutrina, retiram um comprometimento da Constituição com um conceito de “estatalidade aberta” e “amizade” para com o direito internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*). Seguindo esse espírito, o Tribunal Constitucional pronunciou uma regra geral de que há uma pretensão de não violação das obrigações internacionais contraídas pela Alemanha pelo legislador interno.

Dentro desse contexto, pode-se dizer que os princípios constitucionais que regem as relações exteriores cumprem três funções básicas: a fixação de marcos normativos na condução da política externa; a

instituição de limites para a política externa; e a formação de estímulos para a condução da política externa em determinado sentido.

Dentro dessas funções, abre-se a possibilidade de ampliação do controle da política externa, tanto pelo Legislativo, como pelo Judiciário. Assim, a enumeração constitucional de tais princípios facilita a atuação desses dois poderes, que possuem bases mais fixas para denunciar qualquer descumprimento para com tais princípios, ou mesmo considerar determinados atos como inconstitucionais, se vierem a violá-los.

Jorge Miranda enfaticamente apoia a ideia de que é possível um controle constitucional dos princípios. Referindo-se ao artigo 7º, 1 da Constituição – o que pode ser aplicado ao artigo 4º da Constituição brasileira, devido à grande semelhança entre os dois dispositivos –, afirma ele:

“Estes princípios vinculam o Estado português não apenas positiva e bilateral ou multilateralmente como ainda negativamente e em relação a si próprio. Vinculam o Estado no sentido de que os seus órgãos não podem, por actos ou omissões, limitar ou negar o direito do povo português à autodeterminação e à independência, pôr em causa a sua igualdade frente aos demais Estados, adoptar formas não pacíficas de solução de conflitos, consentir ingerência nos assuntos internos de Portugal ou desenvolver cooperação com outros povos que não seja para a emancipação e para o progresso da humanidade.

Seria materialmente inconstitucional, com as consequências que decorrem dos mecanismos de fiscalização (arts. 277º e segs.), por exemplo, um tratado pelo qual a República Portuguesa aceitasse restrições da sua soberania em favor de outro Estado, admitisse o tráfico de escravos ou se propusesse fazer guerras a terceiros.”<sup>4</sup>

Os princípios estabelecidos nas Constituições dos Estados para reger suas relações exteriores cumprem um papel deveras relevante para o direito internacional: consolidam conquistas jurídico-internacionais, de maneira a erigir determinadas normas como inderrogáveis, ao mesmo tempo que consagram valores constitucionais que se refletirão no direito internacional. E, mesmo sabendo que o Estado está obrigado por tais normas

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 3, p. 195.

*jus cogens* (impositivas, obrigatórias), a sua constitucionalização facilita a fiscalização por parte dos órgãos internos de controle de constitucionalidade, sob a base de normas especiais de direito internacional.

Não é possível tentar restringir os efeitos dos princípios, também do ponto de vista do direito internacional. Eles possuem uma posição específica e privilegiada, tanto no direito interno, como no direito internacional. São a consagração de valores por parte da comunidade internacional, por ela reputados como indispensáveis para a condução e o fortalecimento – ou quiçá construção – de uma verdadeira comunidade internacional.

Por toda a argumentação ora exposta, não se pode negar que o direito constitucional dos países em muito contribuiu e, ainda hoje contribui, para o fortalecimento da ideia de uma ordem jurídica internacional.

## Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição: uma análise do caso brasileiro*. Material das aulas 2 e 3 da disciplina Direito Constitucional Internacional, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Constitucional – UNISUL/IDP/REDE LFG.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Brasília: Saraiva; Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 3.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.





editoração, impressão digital e acabamento

**imprensaoficial**

Professora Anna Candida da Cunha Ferraz



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO