

**Revista do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia**  
Homenagem ao Professor João de Matos Antunes Varela



Nº 23 • Ano: 2011.2  
Salvador – Bahia

---

ISSN 2236-5850

**Capa:** Carlos Rio Branco Batalha

**Diagramação:** Maitê Coelho  
maitescoelho@yahoo.com.br

---

**Editor:** Fredie Didier Jr.

**Editor-assistente:** Marcus Seixas Souza

**Conselho Editorial Administrativo:** Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Ricardo Maurício Freire Soares, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Selma Pereira de Santana, Washington Luiz da Trindade, Wilson Alves de Souza.

**Conselho Editorial Consultivo Nacional:** Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Volnei Garrafa (UNB).

**Conselho Editorial Consultivo Internacional:** Antonio Gidi (Universidade de Houston, EUA), António Monteiro Fernandes (Universidade Lusíada do Porto, Portugal) Antoine Jeammaud (Universidade Lumière Lyon 2, França) Hartmut-Emanuel Kayser (Universidade Philipps de Marburg, Alemanha), John Vervaele (Universidade de Utrecht, Holanda), José Manuel Aroso Linhares (Universidade de Coimbra, Portugal), Juan Monroy Palácios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).



Professor João de Matos  
Antunes Varela (1919-2005)



## QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ DEZEMBRO DE 2011

### COLEGIADO DO CURSO

01. *Coordenadora:*  
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
02. *Vice-Coordenador:*  
Fredie Souza Didier Júnior
03. *Representantes Estudantis do Mestrado:*  
Emanuel Lins Freire Vasconcelos  
Pedro Augusto Lopes Sabino
04. *Representante Estudantil do Doutorado:*  
Luana Paixão Dantas do Rosário

### PROFESSORES DO PROGRAMA

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva  
(Universidade de Lisboa, professora colaboradora)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
07. Fredie Didier Jr.
08. Heron José de Santana
09. José Aurivaldo Sacchetta Ramos Mendes
10. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
11. Manoel Jorge e Silva Neto
12. Márcio Flávio Mafra Leal
13. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
14. Marília Muricy Machado Pinto
15. Mário Figueiredo Barbosa
16. Mônica Neves Aguiar da Silva
17. Nelson Cerqueira
18. Paulo César Santos Bezerra
19. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
20. Ricardo Maurício Freire Soares
21. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
22. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
23. Saulo José Casali Bahia
24. Sebastian B. de Albuquerque Mello
25. Selma Pereira de Santana
26. Washington Luiz Trindade
27. Wilson Alves de Souza

### ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO

01. Adriana Araujo Ramos
02. Adriana Maria Aureliano da Silva
03. Adriano Figueiredo de Souza Gomes
04. Alessandra Matos Portella
05. Alina Mourato Eleotério
06. Aline Solano Souza Casali Bahia
07. Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda
08. Ana Claudia Gusmão Cunha Amorim
09. André Krull Arnaldo da Silva
10. Ariele Chagas Cruz Mattiello
11. Bruno Nova Silva
12. Caio Lucio Monteiro Sales
13. Carlos Raul Brandão Tavares
14. Carlos Romeu Salles Correa
15. Daniel Oitaven Pamponet Miguel
16. Daniela Pinto de Carvalho
17. Daniela Santos Bomfim
18. Daniella Santos Magalhães
19. Danielli Faria Rabelo Leitão
20. Delina Santos Azevedo
21. Diego Pablo Candeias de Albuquerque
22. Dilson Cavalcanti Batista Neto
23. Emanuel Lins Freire Vasconcelos
24. Felipe Silva Noya
25. Geovane de Mori Peixoto
26. Guilherme Levien Grillo
27. Gustavo Adolfo Menezes Vieira
28. Hugo Leonardo Cunha Roxo
29. Igor Lucio Dantas Araujo Caldas
30. Ilana Martins Luz
31. Ildo Fucs
32. Indaia Lima Mota
33. Ivan Mascarenhas Kertzman
34. João Paulo Lordelo Guimaraes Tavares
35. João Paulo Pirolo de Abreu
36. José Andrade Soares Neto

37. Jose Antonio Ferreira Garrido
38. Jose Ferreira Coelho Neto
39. José Marcelo Barreto Pimenta
40. Leonardo Sergio Pontes Gaudenzi
41. Leonardo Vinícius Santos de Souza
42. Liana Brandão de Oliva
43. Lilia Mesquita Teixeira Alves
44. Lilia Teixeira Santos
45. Lorena Moura Boente
46. Lucas Barbosa Mollicone
47. Lucas da Silva Santana
48. Lucas Hayne Dantas Barreto
49. Lucas Marques Luz da Ressureição
50. Lucas Nascimento Santos
51. Luciano de Oliveira Souza Tourinho
52. Luciano Roberto Bandeira Santos
53. Luis Costa Cruz
54. Luiz Carlos Souza Vasconcelos
55. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Junior
56. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
57. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
58. Marcio José Cordeiro Fabel
59. Marcos Sampaio de Souza
60. Marcos Youji Minami
61. Marina Soares
62. Miriam Coutinho de Faria Alves
63. Misael Neto Bispo da França
64. Naira Blanco Machado
65. Nirlana Fernandes Teixeira
66. Olívio Albino Canfão
67. Paulo Roberto Sampaio Santiago
68. Pedro Augusto Lopes Sabino
69. Pedro Camilo de Figueiredo Neto
70. Pollyanna Quintela Falconery
71. Priscila Lima de Menezes
72. Rafael Cruz Bandeira
73. Raquel Tiago Bezerra
74. Rebeca Cerqueira Rocha
75. Renata Oliveira da Rocha
76. Renato Geraldo Evangelista Salles Júnior
77. Renato Medrado Bonelli Borges Teixeira
78. Roberto José Caldas Freire Júnior
79. Rodrigo Andrade Almeida
80. Rodrigo Britto Pereira Lima
81. Rodrigo Portela Franco
82. Tadeu Vilas Boas Magalhães
83. Taís Carvalho Silva
84. Talita Macedo Romeu
85. Tâmara Luz Miranda
86. Tatiane Ribas Pinto
87. Tício Spinola Gomes
88. Thais Marques de Mendonça
89. Thaize de Carvalho Correia
90. Thereza de Jesus Santos Junqueira
91. Thiago Anton Alban
92. Thiago Pires Oliveira
93. Ubaldino Marques da Silva Júnior
94. Vanesca Freitas Bispo
95. Willer Costa Neto
96. Zilan da Costa e Silva Moura

#### ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO

01. Antonio Adonias Aguiar Bastos
02. Daniela Carvalho Portugal
03. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
04. Fábio Roque da Silva Araújo
05. João Glicério de Oliveira Filho
06. Joseane Suzart Lopes da Silva
07. Leonardo Touchetto Pauperio
08. Uana Paixão Dantas Do Rosário
09. Maria da Graça Bellino de A. de Antunes Varela
10. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
11. Patricia da Costa Santana
12. Rafael Marcílio Xerez
13. Soraya Santos Lopes

## SUMÁRIO

<b>Nota do editor</b> .....	9
<i>Fredie Didier Jr.</i>	
<b>Sobre o homenageado: Antunes Varela – Os bastidores da história</b> .....	11
<i>Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela</i>	

### Artigos de membros do Programa

#### MESTRADO

<b>I A súmula vinculante em sua perspectiva hermenêutica: um contrasenso na pós-modernidade</b> .....	27
<i>José Andrade Soares Neto</i>	

#### DOUTORADO

<b>II Vinculação dos particulares ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais do trabalho</b> Leitura constitucional da Carta Magna e da legislação infraconstitucional .....	53
<i>Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela</i>	

### Artigos de convidados

#### NACIONAIS

<b>III De volta à conexidade entre demandas</b> .....	105
(com especulações sobre o tema no futuro Código de Processo Civil) <i>Bruno Silveira de Oliveira</i>	
<b>IV Decisões jurídicas a partir dos métodos da fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty e da redução eidética de Husserl</b> .....	133
<i>Carlos Renato Oliveira Mendes</i>	
<b>V A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança: questões velhas e novas</b> .....	149
<i>Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues</i>	
<b>VI O processo civil entra em campo: a coisa julgada e o título brasileiro de 1987</b> .....	183
<i>José Augusto Garcia de Sousa</i>	
<b>VII A norma jurídica</b> .....	247
<i>Marsel Botelho</i>	

<b>VIII A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da Lei de Crimes Hediondos.....</b>	271
<i>Nathália Rosa Mendes</i>	
<b>INTERNACIONAIS</b>	
<b>IX O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.....</b>	301
<i>Diego Werneck Arguelhes</i> <i>Fernando Leal</i>	
<b>X Aspectos semânticos de uma contradição pragmática: ativismo judicial versus ampla defesa .....</b>	343
O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem <i>Glauco Gumerato Ramos</i>	
<b>Dissertações defendidas (1980-2011.2) .....</b>	353
<b>Teses de doutorado defendidas .....</b>	371
<b>Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.....</b>	373



## NOTA DO EDITOR

*Fredie Didier Jr.*

Professor-adjunto IV da Universidade Federal da Bahia.

O n. 23 da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (junho-dezembro de 2011) prossegue a nova fase na trajetória deste periódico.

Todos os ensaios deste volume passaram por uma dupla avaliação cega, conforme recomenda a CAPES. Além disso, os artigos versam sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa.

Destaca-se o texto de Maria da Graça de Antunes Varela, filha do homenageado, o Prof. Antunes Varela, um dos fundadores do nosso curso de mestrado, na década de setenta do século passado.

Gostaria de agradecer aos avaliadores *ad hoc* que me ajudaram na edição deste volume: Pedro Henrique Nogueira (AL), Eduardo Alvim (SP), José Henrique Mouta (PA), Humberto Dalla (RJ), Bernardo Pimentel (MG), Ingo Sarlet (RS), Marcos Ehrhardt Júnior (AL), Flavia Pessoa (SE), William Santos Ferreira (SP), Roberto Gouveia Filho (PE) e Lucio Delfino (MG), Gisele Góes (PA), Eduardo Lamy (SC), Robson Godinho (RJ), Leonardo Carneiro da Cunha (PE), Marcos Ehrhardt Júnior (AL) e Daniel Miranda (CE).

Um agradecimento especial a Marcus Seixas Souza, que tem prestado inestimável auxílio no trabalho de edição, e a Maitê Coelho, que há anos ajuda a Revista do PPGD-UFBA.

Salvador, em dezembro de 2011.



# **SOBRE O HOMENAGEADO**

## **Antunes Varela – Os bastidores da história**

*Maria da Graça Bellino  
de Athayde de Antunes Varela*

---

Procuradora do Estado – janeiro de 1986 a maio de 1992. Juíza do Trabalho, titular da 28ª Vara do Trabalho de Salvador. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. E.mail – gracavarela@uol.com.br.

### **APRESENTAÇÃO<sup>1</sup>**

Escrever sobre o Professor Antunes Varela no meio jurídico acadêmico torna-se tarefa difícil, uma vez que hoje, com a globalização das informações, facilmente se acessa pela rede mundial toda a sua vida profissional, com dados e detalhes tais que tornariam inútil a sua repetição neste texto.

Entendi, por bem, apresentar um lado diferente, os bastidores de sua vida profissional, o que pensava e sentia, histórias a seu respeito, como foi filho, marido, pai, avô, como partiu... Não vou falar do homem político. Fala-se, agora, da publicação de estudo revelando o seu pensamento ideológico, diferente daquele que comumente lhe é atribuído. Não o conheço suficientemente bem para poder sobre ele falar.

Não elaborei um texto técnico. Os fatos aqui narrados foram por ele contados. Ouvi-os dele próprio. Não tenho documentos que os comprovem. Bastou-me a sua palavra. Surgiu aqui uma oportunidade de contar o que sei, o que dele ouvi, o que vivi com ele. Fomos pai e filha e companheiros de atividade profissional, de sonhos, de desabafos, de confidências, de conversas francas, de longas caminhadas pelas ruas de Salvador, Lisboa e Coimbra, de encontros e despedidas.

Senti duas vezes a sua morte. A primeira, quando me apercebi que aquele homem estava indo, pela forma que sempre mais temeu, a perda gradativa da sua

---

1. As notas em *itálico* referem-se a declarações do próprio Professor Antunes Varela, quando assim é dito, e a depoimentos colhidos ao longo dos anos, após o seu falecimento, a grande maioria de autores desconhecidos. Na passagem “O homem”, o texto mais longo foi elaborado pelo seu filho mais velho, João Manuel Bellino Athayde Varela. Finalmente, no item referente ao seu papel como pai foram utilizados os textos escritos por seus filhos quando da missa de 7º dia.

capacidade intelectual. A segunda, quando partiu fisicamente. Entre uma e outra foram quase cinco anos, ao longo dos quais muitas vezes me indaguei a respeito da razão de ser, do sentido de todo aquele sofrimento silencioso, lento, gradativo, progressivo. Mas ele ofereceu-me as últimas lições de sua vida física. Nos seus momentos de maior lucidez, disse-me que continuava a perceber tudo, mas apenas não conseguia expressar o que sentia. Fez da sua doença, não um declínio, e sim um caminho de verdadeira ascensão como pessoa, um tempo de reaproximação de todos, unindo-os não mais pelo peso da palavra ou da sua autoridade, e sim pela doçura e transparência do seu olhar, pela grandeza na forma de ir fechando o ciclo de sua vida, pela dignidade com que a tudo se submeteu.

Vamos, pois, à história.

### **A CARREIRA PROFISSIONAL**

– Menino João, em que liceu vais continuar os teus estudos?, perguntou a professora do Ministério da Educação, ao realizar o exame de instrução primária, em 1929.

– Não vou continuar a estudar, senhora Professora – respondeu prontamente a criança. Vou aprender o ofício de meu pai, ajudante. Um dia vou ser sapateiro.

A professora fitou longamente a criança de nove anos que acabara de examinar, nas provas de conclusão do quarto ano primário. Surpreendera-se com o que percebera naquele menino, vindo do Ervedal, uma aldeia no Alentejo, revelando não apenas o conhecimento da matéria que estudara até então, mas um raciocínio diferente, pronto, inteligente.

– Vieste para cá com quem?

– Com a minha mãe, senhora Professora.

– Vai chamá-la, menino João. Preciso falar com ela.

Quando a mãe da criança sentou-se, tímida e dignamente, na frente da examinadora, ouviu a professora dizer:

– Senhora Dona Ana, o menino não pode interromper os estudos. Ele precisa continuar. A senhora compreendeu”?

Este episódio era regularmente narrado sempre que visitávamos Aviz, vila a que pertencia a aldeia em que nasceu, passou a infância e onde possivelmente teria permanecido não fosse a intervenção daquela professora. Sabia que devia àquela examinadora a mudança de seu destino de aldeão. Intrigava-o saber a

razão de tudo aquilo. Católico, não era daqueles que atribuía a Deus tudo o que ia ocorrendo em sua vida.

Afligiu-se D. Ana de Antunes Varela. No Ervedal não havia escola além do primário. Liceu, só em Évora. Percebeu, no entanto, que o seu menino tinha que continuar os estudos. De volta a casa, encontrou o marido, Augusto Matos Teles, e juntos tomaram a decisão. Iriam para Évora.

Foram para a cidade, onde João de Matos Antunes Varela cursou o liceu, trabalhando como *contínuo* e ensinando os colegas. Sua mãe alugava os quartos da casa a estudantes, conseguindo, assim, manter-se longe de sua aldeia, sem ter que esgotar as parcas economias que conseguira juntar até então, cuidadosamente guardadas em um lenço, no fundo do armário.

Concluindo o liceu, a cidade universitária, Coimbra, onde se instalaram na Ladeira do Seminário, nº 26, vivendo dos valores pagos pelos estudantes que hospedavam e do salário do Sr. Augusto, empregado de uma fábrica de massas e biscoitos. João Varela, como era conhecido, hesitava entre o curso de Medicina e o de Direito. Escolheu este último, possivelmente pela absoluta incompatibilidade com a prática médica. Licenciado, logo foi convidado a ser Professor Assistente do Mestre Pires de Lima, com quem veio adiante a dividir a coleção *Código Civil Anotado*. Concluído o doutoramento, fez concurso para professor de direito civil, unanimemente aprovado, e, logo após, para Professor Catedrático, com a mesma aprovação. Era Lente em Coimbra. Estaria com sua vida definida, na carreira de Docente e de escritor jurídico, não fosse o chamado ocorrido antes mesmo de prestar os dois concursos.

Em 1954, mal dera os primeiros passos na vida de Docente como Professor Assistente, veio a convocação, como assim entendeu, para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, indicação feita pelo seu Mestre ao Primeiro Ministro, Antônio de Oliveira Salazar, que procurava alguém que tivesse conhecimento jurídico, mas sem ambição política. Aceitou. Nova mudança, desta feita para Lisboa.

Respeitava Salazar. Admirava a sua firmeza na solução dos problemas, a sua pronta disponibilidade para servir ao País na forma que entendia ser a acertada, a seriedade com que desempenhava as suas funções e que exigia de seus ministros, a sobriedade de sua vida pessoal.

Mas nada o fez fugir ao que entendia ser correto, nada o fez abrir mão de seus princípios. Contrariou colegas ao determinar e levar adiante a investigação de um escândalo sexual envolvendo ministros e jovens, denunciado pessoalmente pela mãe de uma delas. Contrariou Salazar ao colaborar com a Justiça espanhola na apuração do crime envolvendo Humberto Delgado e sua secretária, nas imediações

de Badajoz, atribuído à policia política de Portugal, subordinada, devo ressaltar, aos Ministérios do Interior e do Ultramar e não ao da Justiça, como muitos pensam. Contrariou o regime ao defender, em seus discursos de inauguração de Tribunais de Justiça em todo o País, a reforma agrária com a entrega de terras improdutivas a quem delas poderia tirar proveito, contribuindo para o sustento próprio e progresso do país, a necessidade de ser empreendida a evolução social do povo português, com o respeito pelo trabalho e com o desenvolvimento da educação.

Convencido que estava do término do seu tempo como Ministro da Justiça, não quis afastar-se sem terminar o que entendia ser fundamental e que buscou ao longo de seu mandato.

O primeiro objetivo era a concretização do acesso à Justiça, através da reforma ou criação de tribunais de justiça em pontos próximos da população, conforme ressaltou em seus discursos:

*São ainda muito numerosos os pequenos aglomerados que por essas Beiras, Alentejo e Trás-os-Montes fora não dispõem de vias suficientes de comunicação. Para muitos que dependem de transportes coletivos regulares, a simples deslocação à sede da comarca implica ainda a perda dum dia inteiro de trabalho; e se a esse fato acrescentarmos a frequência com que infelizmente se vêem adiadas muitas das diligências em juízo, não será difícil avaliar, sem necessidade de perscrutar outros fatores, o que para a modesta economia desta pobre gente representa ainda hoje, em muitas circunstâncias, a necessidade de recorrer aos tribunais.*

Sabia, conforme afirmou, que

*é precisamente nestas comarcas, perdidas no coração das Beiras, nas serranias trasmontanas ou nas planuras sem fim do Alentejo, perante a fraqueza ou a ignorância de uns e as prepotências dos mais fortes, que mais avulta a missão de tutela social que a ordem jurídica confia ao juiz.*

O segundo propósito era a reforma do velho código civil. *Os trabalhos das comissões que estudavam e preparavam os vários livros de código civil foram por ele acompanhados sistematicamente, tendo coordenado pessoalmente os vários anteprojetos parciais do novo código. Tornou-se assim o grande reformador do direito civil português.* Os anteprojetos eram discutidos e revisados por comissões integradas por professores, juizes, advogados, membros do Ministério Público, técnicos do registro predial e civil e notários. Entendia que precisava

*assegurar as reconhecidas vantagens da colaboração dos práticos do direito, e suas lições preciosas que só a experiencia colhida na diuturna aplicação prática do direito consegue fornecer, revelando ao intérprete as lacunas do sistema vigente, mostrando ao vivo as injustiças ou os inconvenientes de determinadas soluções ou salientando a obscuridade de certas fórmulas ou textos legais.*

Não duvidava da grandeza da tarefa que tinha assumido, afirmando ser *empreendimento demasiado pesado para os meus fracos ombros*. Afirmava, no entanto que tinha confiança, *baseada nos méritos alheios*, já que contava com a colaboração e participação efetiva de pessoas com qualidade, atribuindo o alcance da meta a esse espírito de solidariedade que envolveu os civilistas portugueses. Concluiu a obra a que havia se proposto.

Desautorizado pela publicação de diploma legal sem que passasse pelo seu Ministério, não hesitou em demitir-se, após treze anos no cargo de Ministro da Justiça. Observado pela polícia política, soube posteriormente que havia sido proibida a publicação de algumas passagens de seus discursos. Avesso às idéias da chamada esquerda política, não escondia, conforme revelou publicamente, que, a seu ver, o risco da dominação estrangeira ou da infiltração de idéias revolucionárias somente poderia ser afastado por um

*único meio eficaz: eliminar as fraquezas do sistema que estão na base da força do nosso adversário: a falta de preparação política da juventude; a carência duma sólida formação religiosa por parte dos próprios que se confessam crentes; o relativo atraso do nosso setor econômico; as injustiças sociais que ainda persistem na repartição da riqueza.*

Após a saída do Ministério, retornou a Coimbra, onde reassumiu a carreira de Docente e de escritor jurídico. Ser Ministro não o deixara mais rico, pois era modesta a remuneração do cargo. Já com oito crianças em casa, precisou aceitar o convite para trabalhar na Sena Sugar, empresa inglesa de fabricação de açúcar, e na Sonap, empresa dedicada ao comércio de petróleo.

Com a Revolução de 25 de Abril, viu-se privado dos seus meios de subsistência. A empresa inglesa retirou-se de Portugal, diante da entrega das colônias com quem mantinha relações comerciais. A empresa vinculada ao petróleo foi estatizada. A Universidade de Coimbra realizou o chamado processo de saneamento, afastando-o compulsoriamente.

A ameaça de prisão na calada da noite, como vinha ocorrendo com antigos ministros de Salazar, revelada por quem integrava as forças revolucionárias e que tinha por ele profundo respeito, obrigou-o a tomar decisão de nova mudança. Encaminhou correspondência a diversos professores com quem mantinha contato através dos livros que recebia e a quem presenteava com os seus.

Foi da Bahia, de Orlando Gomes, o primeiro convite, voltado para um curso temporário. Na carta dirigida ao então Chefe da Junta Militar que governava Portugal, comunicou a sua saída do País, as razões que o levavam a tanto e a sua

intenção de somente retornar quando voltasse a ser Professor da Universidade de Coimbra.

Em Salvador, conquistou Orlando Gomes. Do contrato temporário, veio o convite para ensinar na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, na condição de professor estrangeiro, a indicação para a Universidade Católica do Salvador, a sala no escritório de advocacia. Adiante, o projeto do Mestrado. Não tardaram os convites para palestras em todo o Brasil, a publicação de livros, os pareceres ...

Após batalha quase que pessoal de seu pai, a Universidade de Coimbra revogou a decisão de afastamento, reintegrando-o em seu quadro de docentes. Cumpria-se a condição que havia estipulado para retornar a Portugal. Dividido entre o futuro que vislumbrava em terras brasileiras e o sentimento de cumprir a promessa que havia feito, precisou retornar para acompanhar os últimos anos de vida de sua mãe, recentemente viúva após mais de sessenta anos de casada, uma vez que era seu filho único.

Já então tinha sido minuciosamente investigada a sua vida enquanto Ministro da Justiça e nada, absolutamente nada, foi encontrado de irregular, conforme relatório a que tive acesso.

Em Portugal, reassumiu a cátedra em Coimbra e passou a ensinar também em Lisboa. Integrou-se a um escritório de advocacia. Como Presidente da Revista de Legislação e Jurisprudência, analisava as decisões dos tribunais que lhe pareciam mais controvertidas. Assumiu a comissão de revisão do Código de Processo Civil.

Magoou-se quando, ao aproximarem-se os setenta anos de vida, recebeu correspondência do Ministério da Educação convidando-o a antecipar a sua aposentadoria. Mais tarde, percebeu que a intenção era retirar da atividade o maior número possível de professores, em face da reforma da legislação que estava para ser editada, afastando os aposentados das melhorias que seriam implementadas. Mais uma vez, se ressentiu... A atividade de ensino em Lisboa interrompeu-a aos setenta e cinco anos de idade, em pleno vigor físico e intelectual. Confidenciou que o fazia enquanto lamentavam a sua saída, não querendo esperar que por ela torcessem.

Convidado pelo Professor Gandolfi, italiano, passou a integrar a Academia de Jusprivatistas Europeus e o grupo de renomados juristas de diversos países, voltado para a elaboração do código europeu de contratos, com reuniões trimestrais em Pavia, na Itália. Atuou como Presidente de tribunais arbitrais.



No processo de transição de Macau para a China, empenhou-se na fundação do curso de direito a ser preservado em língua portuguesa. *Teve papel decisivo no envolvimento de Coimbra nesse projeto da maior relevância para Macau, já em pleno período de transição. Aceitou depois integrar o notável elenco de mestres que constituíram o primeiro Conselho Científico do Curso e da Faculdade de Direito da Universidade. Ali lecionou durante anos até que a idade e a saúde o impediram de continuar a fazer as longas viagens a que se foi habituando, com sacrifício, mas sempre com enorme prazer e sentido da missão.* Deslocava-se pelo menos duas vezes por ano para aquela antiga colônia portuguesa. Hoje tem um de seus livros publicados em mandarim.

Anualmente vinha ao Brasil, convidado para proferir palestras. Iniciou o trabalho de suas memórias. Nos últimos anos, não tendo mais a mesma energia física, era na escrita que derramava o seu conhecimento. *A sua pena certa, a sua abertura a todos os temas, por mais intrincados que se revelassem, fizeram dos seus pareceres peças de valor inestimável para os advogados que a ele recorriam, para fundamentar as suas posições, ou para os juízes que neles, naturalmente, se baseavam para as suas decisões.*

Manteve uma disciplina ao longo da vida, que lhe permitia a tudo atender, estudando, falando e escrevendo – nunca fez uso nem sequer da máquina de datilografia. Autodidata, aprendeu a ler os autores alemães e italianos. Dividia o seu dia, religiosamente das 06h à meia noite, em três partes: pela manhã, as aulas, a sua preparação, a vida acadêmica; durante a tarde, tudo o que se referisse ao direito aplicado, abrangendo os pareceres, as consultas e os estudos necessários a atender a todos os pedidos que lhe faziam; à noite, os livros e a sua revisão ou atualização. Esta rotina somente era alterada por algum jogo de futebol especialmente interessante, pela missa e almoço de domingo. Não gostava de rejeitar convites, só o fazendo por absoluta necessidade profissional. Mas só ia aonde era convidado. Sempre repetia *“a boda e a batizado, não vás sem ser convidado”*.

Determinado em sua disciplina, cumpria com rigor o que entendia ser seu dever. Foi assim que, com o coração entristecido e os olhos rasos de lágrimas em razão da notícia do falecimento da sua mãe, proferiu a palestra para a qual havia sido convidado para vir ao Brasil, entendendo que não podia fugir ao compromisso assumido.

Ao perceber que não conseguia mais transmitir o que pensava, em decisão dolorosa, mas coerente com a disciplina que sempre pautou a sua vida, tampou

a caneta, não mais escreveu, não mais sentou em seu gabinete, fechou os livros, não conversou mais qualquer assunto jurídico. Foi silenciando...

Escolheu apagar-se quando acreditou ter cumprido a sua missão e que a sua hora final estava chegando. Possivelmente foi nesse momento que se voltou para Deus e fez a indagação recentemente descoberta entre os seus escritos, fixada hoje em sua lápide:

*Aproxima-se a passos firmes o momento em que o tempo vai correr o pano sobre o pequeno drama da minha existência. / Qual será o fim que o Destino reserva ao meu corpo e ao espírito que nele habitou? / A imortalidade que a crença cristã prega e a nossa sede de perpetuidade sofregamente absorve? / A destruição lenta, mas total, com que o silêncio dos mortos, não obstante o amor entranhado de muitos deles aos vivos, parece reduzir a fidalga condição do homem à precariedade do animal? / Seja qual for o destino que me aguarda eu te agradeço, ó Deus, o dom da vida que me deste.*

## O BAIANO

Chegou um europeu. Saiu baiano de coração.

Trazia na velha pasta os livros, os conhecimentos jurídicos, as saudades e, acima de tudo, os valores, aqueles que o marcaram como um grande Homem.

Desembarcou sem idéia dos recursos financeiros com que podia contar. Hospedou-se em hotel simples, primeiro na Pituba, depois no Casa Grande, na Vitória. Andava a pé, temeroso de não receber o suficiente para se sustentar. Sofreu a burocracia da liberação mensal do pagamento do seu salário. Foi convidado a retirar-se de um ônibus após ser constatado que esquecera a carteira. À noite, seu jantar era um copo de leite e um sanduíche, na lanchonete da esquina ou na casa de família portuguesa, aonde nem sempre ia, para não acabar cansando quem tão gentilmente o recebia. Sempre tinha em sua mente o ensinamento de seus pais: *“Hóspede é como peixe. Ao fim de três dias, fede...”*.

No bolso trazia cartas de recomendação dirigidas a dois políticos. Nunca as entregou. Mais tarde, disseram-lhe ter agido acertadamente. Um, nada teria feito e a todos diria que tudo fez. O outro, tudo faria, mas tudo seria cobrado em dobro. Acabou por rasga-las. Nunca delas precisou.

Lentamente, foi adentrando os hábitos da terra acolhedora e sentiu-se em casa. Humanizou-se. Foi se libertando das formalidades vazias, dos preconceitos, aprendeu a abraçar, a rir, a chamar as moças de minha filha ou meu amor, a comer acarajé, moqueca com pimenta, a torcer pelo Bahia. Vestiu mortalha e saiu

no Carnaval, foi a terreiro de Candomblé, conheceu Jorge Amado, Vinicius de Moraes, Caribé... De manhã, ao descer para a garagem, cumprimentava o zelador do prédio onde passou a morar: “Bom dia, Seu João”. Gentilmente, ele, zelador, respondia “Bom dia, Seu João”. Sorria. Certamente pensava: “O Senhor Doutor de Coimbra era agora o *seu* João na Bahia”. Todos os dias a cena se repetia e sempre o mesmo sorriso.

Na sala de aula, surpreendeu-se com o à vontade dos estudantes, de sandália havaiana, os pés em cima da mesa. Chocou-se com a facilidade da “pesca” ou “cola”, passada dentro do sanduíche da colega que estava se sentindo mal, no copinho com água para o que precisava de remédio, ou que voava pela janela... Sorriu, sem entender a malícia da aluna que indagou a respeito da existência de televisão em seu tempo, após ter dito que tinha oito filhos.

Voltar a Portugal deixou-o constrangido. Não queria deixar a Bahia, abandonar o que havia construído. Não levou um centavo do dinheiro que aqui ganhou e amealhou. Anunciou a todos que estava a partir, mas que aqui ficava metade de seu tesouro, quatro de seus oito filhos. Sempre que se despedia dos filhos nos reencontros anuais, colocava o coração no abraço, mas nunca pediu ou fez qualquer plano para que retornassem. Cumpria o que havia prometido.

## O PROFESSOR

Adorava a sala de aula. Nunca foi sem ter preparado a matéria de que iria cuidar, sem levar a ficha cuidadosamente manuscrita. Não se atrasava nem ia além do tempo que lhe fora determinado. Corrigia as provas de questão em questão. Operado do joelho, com gesso em toda a extensão da perna, não faltou um dia de aula, para onde se dirigia em taxi sem o banco da frente, chegando a tempo de iniciar a chamada às sete horas da manhã, em ponto.

Amava os alunos. Abraçava-os a todos quando os encontrava pela cidade, identificando-os pelo nome. Conquistou o seu respeito. No dia em que a UCSAL parou em razão de greve dos alunos, dirigiu-se para a sala de aula. Não sendo aluno, entendeu ser seu dever comparecer e ministrar aula a quem estivesse presente. Um grupo de estudantes passou a invadir todas as salas, retirando o professor que ali estivesse. Quando chegaram naquela em que ele estava, quedaram-se à porta. Silenciaram. Ouviram o restante da aula. Esperaram que ele saísse, cumprimentando a todos. Só então entraram e se entenderam com os colegas que estavam furando o movimento. Dizia que eram os alunos que o deixavam sempre atento às mudanças do mundo e, conseqüentemente, do direito. Tanto assim que, apesar de ser conhecido como “pai” do Código Civil

Português, defendeu e integrou o movimento de descodificação do direito civil. Dizia não gostar *do comodismo das idéias feitas e da frieza do ceticismo burguês perante tudo quanto tenha o cunho da novidade.*

Abraçou o projeto de Mestrado na UFBA lançado por Orlando Gomes, o *amigo certo das horas incertas*. Planejaram, dividiram os temas. Sentia-se em Coimbra, podendo expor o pensamento jurídico para quem podia compreendê-lo. Acreditava no papel da Universidade no aprofundamento do conhecimento e fomento de novas idéias. Acreditava na capacidade de quem estudava. Queria a formação de novos pensadores do Direito. A Bahia tinha que continuar a ser berço de juristas, de formadores de idéias renovadoras, capazes de levar o direito a ser o instrumento de mudanças sociais que defendia. Passada a fase da graduação, do aprendizado, era no Mestrado a oportunidade de impulsionar a formação de escola de pensadores do Direito, não de idéias teóricas, voltadas somente para o prazer do raciocínio, mas comprometidas com a realização da Justiça.

Gostava de ensinar. *Nunca afirmou não ter dúvidas nem nunca falou de cátedra. Para qualquer questão que lhe era colocada tinha sempre uma resposta imediata ou diferida se, no momento, verificasse que devia ser precedida de algum estudo. Fazia-o com gosto e, sentia-se, sempre com muita amizade e prazer de ser útil”.*

*“Ensinou-me processo civil, às oito da manhã, com uma alegria e uma clareza de espírito notáveis. Era seguramente um grande pedagogo. Sabia como dar uma aula.*

*Foi um dos maiores pedagogos que conheci. Tenho imensa pena do lente que regia a mesma cadeira que Antunes Varela, pois por norma tinha a sala vazia. Já para encontrar lugar no acanhado anfiteatro do professor Varela era um ver se avias. Antunes Varela era um oásis de comunicação e cultura aplicada ao ensino.*

*A ensinar uma coisa tão árida como Processo Civil, o homem conseguiu por um tal interesse e entusiasmo na coisa que jamais houve um lugarzinho livre nos anfiteatros onde ele dava aulas.*

*Tinha o dom de simplificar os conceitos mais rebuscados, de traduzir as formulações doutrinárias mais bizantinas, de alcançar a interpretação mais lógica e consistente na filigrana legislativa. Enfim, um Mestre com o dom de o ser, com o talento de reduzir sempre à expressão mais simples o aparato conceitual do direito civil, sem deixar que se perdesse a sua riqueza, essência ou rigor. Tudo era evidente e óbvio através da sua explicação. Era um professor que gostava de o ser, de trato amabilíssimo e afetuoso. Todos éramos seus queridos e filhos, mesmo quando a interlocução era argumentativa e polemica.*

## O ADVOGADO

A advocacia, que exerceu pela primeira vez na Bahia, ensinou-lhe o sentido do Direito.

Diariamente dirigia-se ao Fórum Ruy Barbosa onde acompanhava dedicadamente todas as ações que lhe haviam sido confiadas. Sentia os momentos de tensão, mas sabia supera-los de forma inteligente e acima de tudo, elegante. Não poucos narravam episódio que retrata a sua conduta. A sala do Tribunal ficou repleta, aguardando a resposta que ele daria a um colega seu que havia adotado como estratégia de defesa desmoraliza-lo, enxovalhando-o a nível pessoal, lembrando a sua condição de *fugido de seu país*, deixando no ar dúvidas a respeito das verdadeiras razões desse exílio após uma revolução democrática, questionando o seu conhecimento da legislação brasileira, já que formado em outro País e recém-chegado ao Brasil. Encerrada a manifestação de seu colega advogado, levantou-se, sob o silêncio sepulcral e ansiosa expectativa de todos. Dirigiu-se à Tribuna, onde ocupou o tempo permitido defendendo a sua idéia, o que entendia ser o direito naquela situação, sem fazer um único comentário, uma única referência às ofensas que lhe haviam sido dirigidas. Entendia que o calor das causas muitas vezes levava à quebra do verniz social. Nesse dia, saiu triste. Assim ficava quando apontavam a sua condição de estrangeiro, na terra onde queria e precisava firmar o seu lar.

Defendia com o mesmo cuidado as ações dos grandes e as dos pequeninos, as dos afortunados e as dos que pouco tinham, as dos ricos comerciantes ou herdeiros de grandes somas e as dos empregados ou pequenos proprietários. Empenhava-se com a mesma determinação. Foi assim que levou a bom termo a ação da moradora de pequeno apartamento que teve sua sala destruída por vazamento no andar superior, propriedade de família rica, dona de vários imóveis e que se negava a proceder ao conserto necessário. Foi assim que enfrentou rico comerciante que alugava um pequeno galpão, propriedade única de viúva que dali retirava o seu sustento, e que se negava a pagar o reajuste do aluguel. Os processos arrastavam-se na Justiça, em mãos de juizes inertes. Não se deixou amordaçar pelas mãos do poder dos homens. Enfrentou tudo e a todos com a coragem dos puros, dos que têm um ideal. Após alguns anos de batalha jurídica, de mandados de segurança voltados para retificar atos fruto da corrupção que impregnava aqueles autos, conseguiu o despejo e o pagamento dos valores atrasados. Acompanhou pessoalmente o cumprimento das ordens que conseguiu arrancar da Justiça pelo ardor dos seus argumentos. Os honorários para ele mais significativos vieram na colocação de uma fitinha do Senhor do Bonfim em seu pulso e na entrega de uma outra, para a sua menina.

## O HOMEM

Foram os princípios que aprendeu com os seus pais e que cultivou ao longo de toda a sua vida que fizeram dele um homem coerente. Sofria na defesa do que entendia serem os pilares de sua vida. Não os escondia. Todos o conheciam. O jogo da vida com ele era claro, previsível porque de regras definidas.

Foi um Professor, mas foi antes de tudo um excelente aluno da vida. Soube transformar cada dor, cada dificuldade em algo de bom. Acreditava que eram exatamente esses momentos que impulsionavam o crescimento, o amadurecimento, apurando as qualidades da inteligência e sensibilizando a alma. Foi assim que fez da dificuldade quando criança o impulso para a busca da mudança do destino que lhe estava traçado. Do exercício do poder, a oportunidade de dignificar a Justiça, mediante reforma de leis arcaicas que engessavam o desenvolvimento de todos e da construção de tribunais em todas as sedes do seu País. Da terra de exílio fez a sua casa e o lar de seus filhos. Do tempo e da limitação de seu corpo físico, a oportunidade de reencontro com os seus, transformando em momentos doces o que poderia ter sido dolorosa agonia. Cada dia de sua vida foi uma superação, uma vitória, uma conquista.

*Há uma outra dimensão que é dever recordar: a sua profunda humanidade. Quer nas suas relações com a família que fundou, quer na disponibilidade que demonstrava para os alunos e advogados que a ele recorriam, quer no afeto que dispensou aos seus muito amigos, o seu caráter reto e a sua grandeza humana sobressaiam, fazendo com que as pessoas que com ele conviveram guardem dele a imagem de uma das maiores personalidades do século XX português.*

*Foi um Homem justo, sabedor e generoso. Fiel às suas humildes origens alentejanas e aos sábios ensinamentos dos seus Pais, procurou acima de tudo cultivar os Valores que a traça humana não corroi nem perverte porque fundados em princípios, eterna e universalmente, válidos. Assim, à tibieza preferiu sempre a frontalidade, à abundância a austeridade, à demagogia fácil a obra fecunda, ao servilismo a independência moral. Promoveu e bateu-se pela Justiça nas relações humanas, pela probidade da res publica e pela exemplaridade na vida política e social. E, sobretudo, confiou na providência divina, nela procurando luz, alento e paz. A todos soube ouvir e ensinar. Onde esteve semeou palavras, afeições e cumplicidades, alegrando-se em Deus por cada semente que fizera frutificar. Deste modo, nunca julgou demasiado o sacrifício, assim como a ninguém recriminou ofensas ou desconsiderações.*

## NA FAMÍLIA

Amou seu pai, que acreditava ser o responsável pela decisão favorável no processo de seu retorno a Coimbra. Com seus poucos conhecimentos, fez uma defesa brilhante do filho, pois também ele percebeu que aquele cargo, o de Professor Catedrático, não era político. Era pessoal. Tinha acompanhado, passo a passo, cada etapa daquela conquista.

Amou e respeitou profundamente a sua mãe, responsável pela mudança de seu destino, tendo construído ao longo dos anos a capacidade de entendimento sem palavras. Um tudo sabia do outro. Foi para ela a dedicatória inserida no manuscrito das suas Memórias, que lhe dedicou:

*A ti, minha querida Mãe / que me comunicaste no ventre materno os valores fundamentais da vida humana e que leste sempre, nas páginas mais difíceis do meu pensamento e nas palpitações mais incertas do meu coração, como em livro aberto perante teus doces olhos de julgadora.*

Encantou-se com a jovem que dançava no baile de verão, filha da nobreza da Beira Alta. Com ela casou e formou família de oito filhos. Ela foi o braço que com que ele entrou nos salões onde foi homenageado. Foi a paz que ele precisou para trabalhar, a mão constante no declínio físico, o olhar que ele sempre procurava nos momentos de maior sofrimento, a preocupação na hora de partir.

Aos filhos e netos ensinou, em cada dia, o que é ser coerente, correto, o que é caminhar tendo objetivos, a perseverança, a determinação, o saber perceber os desígnios de Deus cumprindo o dever e aceitando a Sua vontade. Cada passagem da sua vida foi uma lição da verdadeira Vida. Ensinou a encontrar e perseguir um sentido para a vida, em que envelhecer é mais uma aprendizagem e não o esvaziar progressivo de capacidades; ensinou a procurar sempre o caminho da verdade e da justiça; ensinou a usufruir o sono tranqüilo de uma consciência em paz. Ensinou, vivenciando, o sentido da humildade, da justiça, da verdade, da tolerância e da determinação.

Tornou-se o melhor amigo de seus oito filhos. Referência de valores, exemplo, história a ser seguida, parâmetro na educação dos netos, meta a ser alcançada. Educou oferecendo o embasamento para a livre escolha do caminho, a responsabilidade pela opção feita, o apoio na hora certa, a liberdade sem abandono, a distância física sem isolamento, a saudade sem drama, o amor sem egoísmo.

Deu lições de aceitação do inexorável quando, consciente da enfermidade que o acometia, mudou definitivamente do gabinete para a sala. Cumpriu essa nova etapa da sua passagem na Terra com a mesma dignidade com que construiu a sua

vida. Nunca disse uma palavra nem nunca se percebeu no seu olhar qualquer sentimento de revolta. Ensinou a sabedoria e a tranquilidade quando aos poucos lhe foi sendo retirado tudo o que mais gostava, trocando nos últimos olhares todos os ensinamentos duma vida. Sua última aula foi o penoso evoluir da sua doença, onde os gestos básicos da vida, tal como andar, comer e respirar se foram tornando cada vez mais dolorosos, e onde a pouca energia que sentia, investia num olhar terno, num sorriso de troca, numa mão que ainda apertava. Era a força, a coragem, a fé.

Foi um Professor da Universidade, tanto na escola, como na vida.

Assim era o Professor Varela.



## Artigos de membros do Programa

### MESTRADO

#### I. A súmula vinculante em sua perspectiva hermenêutica: um contrasenso na pós-modernidade

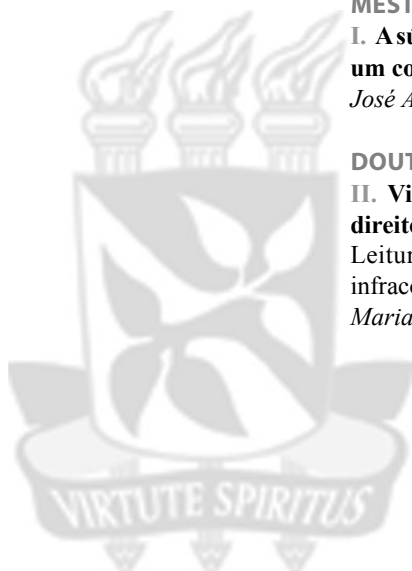
*José Andrade Soares Neto*

### DOUTORADO

#### II. Vinculação dos particulares ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais do trabalho

Leitura constitucional da Carta Magna e da legislação  
infraconstitucional

*Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela*





# I

## A SÚMULA VINCULANTE EM SUA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA: UM CONTRASENNO NA PÓS-MODERNIDADE

*José Andrade Soares Neto*

Mestrando em Direito Público pela UFBA, Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade da Cidade do Salvador, Professor convidado dos cursos de pós-graduação *latu sensu* da Fundação Faculdade de Direito da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Procurador do Município do Salvador.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto o estudo das súmulas vinculantes como elemento limitador do discurso jurídico, levando em consideração o seu contexto na pós-modernidade. São abordados os paradigmas da modernidade, a sua crise e os pilares que sustentam este novo momento denominado pós-modernidade. O trabalho explora, também, a evolução da hermenêutica e a contribuição dos seus principais teóricos, na intenção de demonstrar que é através desta que os textos legislativos devem sofrer o controle da sua aplicação. Por fim, relata-se acerca do surgimento do instituto da súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro, concluindo-se que a sua admissão representa um contrasenso na pós-modernidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Súmula vinculante; hermenêutica; pós-modernidade.

**ABSTRACT:** This article was written to study the binding precedents like a limiter element in the legal discourse, considering this context in the postmodernity. It will be discussed the paradigms about modernity, this crack, and the base who explains this new moment called postmodernity. This work, explain too about the hermeneutics evolution and the contribution that your thinkers gave to show that using it we can take an plausible interpretation about de the legal texts. In the end the this work treats about the binding precedents appearance in the Brazilian legal system, concluding that this application actually its against the postmodernity bases.

**KEYWORDS:** Binding precedent; hermeneutics; postmodernity

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas: 2.1. O projeto da modernidade jurídica; 2.2. A crise da modernidade jurídica – 3. A pós-modernidade jurídica – 4. A evolução da hermenêutica e a sua importância no mundo jurídico pós-moderno: 4.1. A contribuição de Schleiermacher; 4.2. A contribuição de Dilthey; 4.3. A contribuição de Heidegger; 4.4. A contribuição de Gadamer; 4.5. A hermenêutica moderna e pós-moderna – 5. As súmulas vinculantes e o seu (des)contexto na pós-modernidade jurídica: 5.1. Súmula vinculante e reforma do poder judiciário; 5.2. A súmula vinculante como um contrasenso na pós-modernidade – 6. Conclusão – 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As súmulas com efeito vinculante tem sido consideradas por muitos estudiosos e por parte da opinião pública como um instrumento que representa um significativo avanço à solução de lides através do Poder Jurisdicional do Estado, ou que serve ao pronto atendimento dos seus preceitos por parte da Administração Pública.

Há quem, por outro lado, dispense críticas ao instituto, indigitando-o como responsável pela mitigação do princípio do livre convencimento do magistrado ou ainda como um desestímulo à evolução do pensamento jurídico.

Pretende-se, no presente trabalho, uma investigação acerca do contexto geral do instituto da súmula vinculante nos planos da modernidade e da pós-modernidade, visando identificar o seu real enquadramento na atualidade, de acordo com os paradigmas prevalentes em seu plexo estruturante.

Para tanto, necessária se faz uma análise acerca do cenário engendrado no período da modernidade jurídica, bem como o entendimento da crise dos seus paradigmas e a transição para o que hoje se denomina de pós-modernidade. Ao final, tornar-se-á nítido o papel invertido do instituto da súmula vinculante no cenário atual.

Não é difícil constatar que o Poder Judiciário é refém da sua própria trajetória. Após queda dos Estados absolutistas no século XVIII, o Estado Constitucional de Direito sintetiza um efetivo processo de estatização do Direito e Jurisdicização do Estado, que o levou a um verdadeiro caos em seu aspecto funcional.

Pretendeu-se monopolizar a Jurisdição no Estado, visando preservar a segurança jurídica, ideal máximo da modernidade, num período em que a celeridade não era um problema.

Entretanto, um par de séculos após, o caos se tornou mais do que evidente. As demandas de massa abarrotaram o Judiciário com processos, muitas vezes, repetitivos e o grande desafio passou a ser o implemento da celeridade ao provimento jurisdicional, sob pena de se estar negando a própria realização da justiça. Hodiernamente, justiça tardia, muitas vezes, deixa de ser justiça.

As súmulas vinculantes, na leitura que fazem os seus fiéis defensores, teriam, na atualidade, papel fundamental à garantia de um Poder Judiciário mais célere, uma vez que obriga os magistrados ao julgamento conforme o entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação de determinada questão constitucional, reduzindo com isso, por consequência, a quantidade de

recursos às instâncias superiores, principal causa da mora ao encerramento de uma lide.

Mas seria, então, o efeito vinculante imposto para algumas súmulas do Supremo Tribunal Federal a solução mais adequada ao caos instaurado no Poder Judiciário, levando-se em consideração os paradigmas vivenciados atualmente numa sociedade inserida no contexto da pós-modernidade?

O presente estudo tem por objeto analisar se o instituto da súmula com efeitos vinculantes, implementado através da emenda n. 45/2004, no afã de salvar o Judiciário brasileiro da morosidade incrustada em sua estrutura e reforçar a segurança do sistema, coaduna-se com as novas vertentes e desafios de caráter existencial vivenciados pelos produtores do discurso jurídico no contexto da pós-modernidade.

Como bem destaca Boaventura Santos<sup>1</sup>, enfrentamos um novo momento. Um momento de transição. O esgotamento das bases do período que se denomina de modernidade é evidente.

Período este em que o mundo se rendeu à racionalidade científica preconizada por Bacon e Descartes, na filosofia; Isaac Newton na Física e pelos demais iluminados nas ciências sociais e políticas, através dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade difundido pelos Franceses, na busca de um terreno seguro e feliz, de um novo mundo antropocêntrico em que a burguesia européia procura se estabelecer, calcada em pilares como os marcos regulatório e emancipatório<sup>2</sup>.

A estabilidade no plano jurídico estava na segurança jurídica, o que se alcançou no sistema romanístico através da codificação e no anglo-saxão, através do *stare decisis*.

A celeridade não era um problema, pois o mundo ainda caminhava numa velocidade que se podia acompanhar.

Com o passar dos séculos XIX e XX, adventos como a revolução inglesa, as guerras mundiais, a produção e o consumo em massa, a globalização, e agora a internet, tornaram o suposto crescente e retilíneo mundo moderno num verdadeiro caos sem rumo definido.

1. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999, p.77.
2. SOARES, R. M. F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55, *apud* SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995, p.77.

A sensação é que houve transformações sociais tão profundas e velozes que nem mesmo o sistema que vinha sendo constituído na esteira da modernidade pôde acompanhar.

A Lei que tudo abarcava e tudo deveria resolver, passou a ser atrasada e lacunosa antes mesmo de sancionada. Agora, já nas tratativas passa de credora a devedora social seja em legitimidade ou em efetividade.

Este caos persiste, a nosso ver, em consonância com o ponto de vista de Ricardo Maurício Freire Soares<sup>3</sup>, por que institutos e ideais que serviam aos paradigmas afeitos ao período que se denominou de modernidade costumam a ser superados por outros que se coadunem com as novas perspectivas que brotam no mundo atual, dito pós-moderno.

Assim, pretende-se investigar no presente trabalho se a súmula com efeitos vinculantes seria um instituto mais afeito aos preceitos da modernidade, que propriamente um instituto que sirva à adequação do Poder Judiciário aos paradigmas pós-modernos em que se busca, além de celeridade, uma justiça real, escanteada por todo um passado legalista tão presente ainda em nossa praxe judiciária.

Ante a falência do Estado Legalista como o único perfeito regulador das condutas sociais e condutor à organização e felicidade humanas, aponta-se para um cenário mais plural em que a participação do intérprete de textos legais cada vez mais abertos e generalizantes tem se tornado fundamental à efetividade do ordenamento jurídico.

Na era pós-moderna esta participação hermenêutica, dos mais diversos atores do cenário jurídico e até da própria sociedade, como preconiza Haberle<sup>4</sup>, torna-se fundamental à criação das decisões jurídicas - que não são mais ditadas pela lei posta pelo Estado monopolizador, tratando-se de verdades argumentativas construídas pelo intérprete balizado por texto legal humanístico calcado na Constituição.

É neste contexto que se pretende averiguar a atual inserção das súmulas com efeitos vinculantes no ordenamento brasileiro para que se reflita se o referido instituto, na medida em que monopoliza a interpretação de núcleos relevantes da Constituição Federal, fazendo-a vincular a todos os produtores do discurso

3. SOARES, R.M.F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

4. HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição**. Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1999.

jurídico, como um duplo aprisionamento legal, não estaria atuando em dissonância com os novos paradigmas da pós-modernidade que traz como solução viável à produção da justiça, a construção hermenêutica das normas jurídicas através de textos legais adequáveis às constantes mutações experimentadas na sociedade.

## 2. A MODERNIDADE JURÍDICA E A CRISE DOS SEUS PARADIGMAS

### 2.1. O projeto da modernidade jurídica

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer<sup>5</sup>, a vivência liberal-individualista ocasionou uma justificação racional do novo mundo que nascia, diferente do sistema jurídico múltiplo e consuetudinário verificado na sociedade feudal. As diferentes ordens que coexistiam no feudalismo – que podem ser identificadas pelo poder dos senhores feudais - acabavam sendo uma barreira ao crescimento da burguesia emergente. Em razão da atividade principal a qual se dedicavam, o comércio (em contraposição à atividade agrícola que marca a Idade Média), fazia-se necessária a unificação do Direito Mercantil para engendrar o crescimento, bem como para a consolidação da burguesia enquanto classe. A partir daí observa-se uma transição hierárquica: entra o trabalho assalariado, sai o senhorio feudal. Ou senão: do proprietário de terras ao proprietário de bens.

O Estado Moderno nascente, estava fundamentado numa legitimidade racional, abandonando-se a busca da verdade em poderes divinos. A burguesia mercantil, que detinha a força econômica que praticamente sustentava a nobreza e o clero, enquanto classe detentora dos meios de produção, busca adequar seus interesses a uma ordem estatal fortalecida, o que passa necessariamente pelo plano jurídico.

O Direito Moderno, conforme Antônio Carlos Wolkmer<sup>6</sup>, fundamenta-se na formação social e econômica, bem como na noção de legalidade estatal. O Estado de Direito, nesta concepção, é aquele Estado que ao mesmo tempo se subordina a suas próprias regras legais e respeita os direitos dos cidadãos.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares<sup>7</sup>, a modernidade caracterizava-se também pela forma participativa das tomadas de decisões na vida social, valorizando o método democrático e as liberdades individuais. O objetivo da sociedade moderna era oferecer uma vida digna, na qual cada um pudesse realizar a sua

5. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001.

6. *Ibid.*, p. 85.

7. SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

personalidade, abandonando as constrações de autoridades externas e ingressando na plenitude expressiva da própria subjetividade.

Continua o mesmo autor ponderando, em conformidade com a doutrina de Boaventura Santos, que a realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia, exercidas através do Estado de Direito. De outro lado, as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.

O programa da modernidade fundar-se-ia, então, na estabilidade dos referidos pilares, que foram precocemente implodidos pela avalanche trazida pela vivência neo-liberal.

## **2.2. A crise da modernidade jurídica**

No plano da modernidade, as normas legais afiguravam-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. O fenômeno da positivação é, pois, expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas. A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta<sup>8</sup>.

Importante considerar que a referida atitude legiferante, ainda que útil e eficaz para a regulação da sociedade à época, teve a sua justificação histórica diretamente ligada ao plano de ascensão e manutenção do poder pela burguesia.

Nas palavras do mesmo autor supracitado, “o apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social...”<sup>9</sup>

8. Ibid., p. 60.

9. Ibid., p. 60.



Acerca do Direito Moderno, DE LA TORRE RANGEL, citado por Antônio Carlos Wolkmer<sup>10</sup>, propala que “pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal”. Entretanto, sua crise é tão evidente ao final do século XX que “todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação da vontade, estão abalados” sendo “...tão evidente a crise do Estado moderno e de seu direito que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está”.

Prossegue o mesmo autor afirmando que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas fundados em formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de fundamentação e de verdade. Transformada a sociedade, marcada pela globalização, não mais se sustenta com toda sua força a racionalidade moderna. Questiona-se tal racionalidade e ocorre a busca por novos padrões de referência. A sociedade é um sistema conflituoso e em permanente transformação, de forma que o Direito, enquanto modelo cultural tradicional, está em crise. Em suas palavras, o exaurimento do atual paradigma jurídico “descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática” que se funda na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.

Assim com a crise da modernidade, os mais diversos pensadores, destacaram para o surgimento de um novo paradigma à compreensão do mundo atual, complexo, veloz e globalizado: a pós-modernidade.

Arremata Ricardo Maurício Freire Soares<sup>11</sup> que a perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas da liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. “Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnica de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de

10. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001, 98.

11. *Ibid.*, p. 63.

dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação).” Estes três elementos tornaram-se patologias de uma modernidade em colapso.

A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluída e incerta.

### **3. A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA.**

Verifica-se, pois, que as grandes visões modernas esvaziaram-se perderam gradativamente a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar suas idéias emancipatórias.

A sociedade que sofre os efeitos da globalização da economia e da política, dentre outras esferas, desenvolve novas formas ou mecanismos para a concretização de relações jurídicas, como os contratos eletrônicos, propriedade compartilhada (time share), propriedade coletiva, sendo assim, não é cedo alcançar a suficiência do ordenamento jurídico, devido a incerteza da incidência do mais tênue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

No que diz respeito a esta corrida tecnológica, a sociedade atual vive a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. O contato físico entre os interessados já não é mais necessário, já que o mercado eletrônico, ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica era fundamental, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Desta forma, devido ao crescimento das novas relações jurídicas antes não cogitadas seja na seara ambiental, consumerista, aeroespacial, direito regulatório e da informática, até como efeito do fenômeno da globalização, associada a parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem tais relações como um problema cotidiano de difícil solução.

O direito, por ser indissociável da sociedade, sofre os efeitos da globalização e dos novos ramos relacionais que surgem a todo instante e não obstante a discussão do ordenamento jurídico estar preparado ou não para as relações que, apesar de não contempladas, ocorrem diuturnamente e, por conseguinte, devem ser tuteladas.

Leciona Ricardo Maurício Freire Soares<sup>12</sup> que os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da

---

12. Ibid. p. 68

Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil., que acabam por forçar a evolução dos princípios e da forma de se produzir o direito.

Assevera, ainda, que é possível divisar os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna como sendo um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

É plural porque se manifesta na implosão dos sistemas normativos gerais e o conseqüente surgimento dos microssistemas jurídicos, como o direito do consumidor, estatuto da criança e do adolescente, etc. Tal fenômeno de descodificação, verificável especialmente no direito privado tradicional, abre espaço para que uma multiplicidade de fontes legislativas regule os mesmos comportamentos sociais.

O pluralismo também se manifesta através do surgimento dos interesses difusos, que transcendem a esfera dos indivíduos para alcançar toda a comunidade jurídica. A pluralidade apresenta-se como solução à incapacidade do monismo legalista estatal face à complexidade apresentada pela sociedade pós-moderna.

Ou seja, a legislação codificada que pretendia atender a todos os anseios da sociedade moderna, seja pela velocidade com que as estruturas sociais tem se modificado, seja complexidade das relações, não mais se revela como um instrumento hábil à regulação das condutas sociais.

Aponta ainda Ricardo Maurício Freire Soares<sup>13</sup> que o fenômeno jurídico pós-moderno assume, também, um caráter reflexivo. O direito moderno figurava como um centro normativo diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social.

Já não se pode conceber o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico.

Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>14</sup> corrobora ao afirmar que o direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo. Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre

13. Ibid. p. 69.

14. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características do Direito na Pós-Modernidade. Revista de Direito, vol. 13, n. 17, ano 2010, p. 04.

o direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a lei e os valores em jogo, em cada caso concreto.

Segundo o referido autor, o direito pós-moderno deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser meramente legalista para interagir (dialogar) com as novas fontes do direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo). Ele se tornou muito mais complexo, mas nunca, como agora reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da subsunção passamos à ponderação de todos os valores em jogo para que se atinja a decisão mais justa no caso concreto.

Continua o mesmo autor asseverando que o direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo. A própria dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. A utilização de fórmulas normativas propositalmente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que possa adaptá-lo aos novos tempos.<sup>15</sup>

Verificar-se-á posteriormente que em razão desta necessária característica prospectiva, que procura preservar a utilidade do texto normativo por algum tempo e viabilizar a aplicação do direito ao mundo de fatos complexos hoje existente, a hermenêutica jurídica despontará como uma ferramenta essencial à aplicação do direito justo na seara da vivência pós-moderna, sendo, pois, um contrasenso, a limitação interpretativa de textos relevantes da Constituição Federal através de súmulas com efeito vinculante.

Destaca, ainda, o mesmo autor, que o fenômeno jurídico pós-moderno passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa. Entende-se que o direito é uma manifestação da linguagem humana. Logo, o conhecimento e a realização do ordenamento jurídico exigem o uso apropriado dos instrumentos lingüísticos da semiótica ou semiologia. Torna-se cada vez mais plausível o entendimento de que os juristas devem procurar as significações do direito no contexto de interações comunicativas. Desse modo, a linguagem se afigura como a condição de exterioridade dos sentidos incrustados na experiência jurídica.

Complementa afirmando que tanto a teoria quanto a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas.

15. Ibid. p. 69.

O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a uma mera operação lógico-formal, mas concatena fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. O processo argumentativo não se respalda nas evidências, mas, isto sim, em juízos de valor. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial para a persuasão dentre argumentos igualmente válidos.

Por fim, assevera que o direito pós-moderno é relativo, uma vez que não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas dados relativos e provisórios.

Sobretudo quando se lida com uma verdade construída argumentativamente. De acordo com os adeptos da teoria da argumentação, festejada no cenário jurídico pós-moderno, dentre eles, Habermas<sup>16</sup>, Perelman<sup>17</sup> e Alexy<sup>18</sup>, o discurso jurídico deve ser construído argumentativamente no esteio de uma série de formas e regras que reste garantido o mínimo de legitimidade ao falante para com o seu auditório, de modo a se atingir ao final uma pretensão de correção, que não corresponde à verdade absoluta, mas a uma verdade consensual alcançada argumentativamente, que pode ser aceita como válida diante de uma justificação racional do discurso formulado.

#### **4. A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA E A SUA IMPORTÂNCIA NO MUNDO JURÍDICO PÓS-MODERNO**

##### **4.1. A contribuição de Schleiermacher**

Após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando, durante a idade média pelas interpretações Agostiniana e Tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza filosófica.<sup>19</sup>

Importante destacar a contribuição de Friedrich Schleiermacher para a estruturação da hermenêutica como uma arte da compreensão geral, que pudesse servir de centro e base a toda hermenêutica especial. Schleiermacher superaria a literalidade da interpretação gramatical em prol do que denominou de interpretação

16. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

17. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

18. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

19. SOARES. R.M.F. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 06.

psicológica com a qual revisitaria o pensamento do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram a sua existência.

A proposta de Schleiermacher era de criar uma hermenêutica como arte geral da compreensão, dado que o que existia podia ser considerado como uma pluralidade de hermenêuticas especializadas (filológica, teológica, jurídica...).

Reconhecia que cada área tem suas particularidades hermenêuticas, mas subjacentes a essas diferenças há uma unidade fundamental.

A hermenêutica, para Schleiermacher deve lidar com a arte da compreensão daquilo que é dito, estado fora deste ramo do saber o fenômeno da explicação.

O seu ponto de partida como pergunta problema é, segundo Richard Palmer<sup>20</sup>: “como é que toda e qualquer expressão linguística, falada ou escrita é compreendida?... O ouvinte recebe uma série de meras palavras, e subitamente, através de um processo misterioso, consegue adivinhar o seu sentido. Esse processo misterioso de adivinhação é o processo hermenêutico.”

Schleiermacher irá explicar o fenômeno como fruto de um diálogo entre o sujeito e objeto que se dá através de um processo reverso que parte da composição (reconhecimento das palavras do texto escrito) e retorna às idéias que passaram à mente do autor para a confecção da composição/texto.

Assim, a interpretação consiste numa atividade que ocorre em dois momentos; um primeiro momento gramatical (de análise da expressão/texto dito) e outro psicológico (em que se busca tudo aquilo que se inclui na vida psíquica do autor).

O princípio em que se assenta esta reconstrução, seja ela gramatical ou psicológica é o chamado círculo hermenêutico.

O círculo hermenêutico é o que Schleiermacher caracteriza como a relação entre as partes individuais e o todo de um objeto de interpretação. Para que haja a compreensão é necessária a relação mútua entre o a parte e o todo. Isto porque, se pegarmos uma palavra solta em uma frase (parte), sem observar o contexto da frase (todo), não haverá uma compreensão adequada da palavra. Da mesma forma a compreensão da frase (todo) depende da junção das palavras que a compõe (partes). A compreensão tanto da parte quanto do todo depende de uma relação cíclica e dependente entre parte e todo, o que Schleiermacher denomina de ciclo hermenêutico.

20. PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 93.

Levanta-se a discussão acerca da inexistência de lógica no círculo hermenêutico, sendo, na prática, impossível realizá-lo, uma vez que se o conhecimento da parte depende do conhecimento do todo e este do conhecimento da parte, não há como implementar, salvo se houver um salto da parte ao todo para que se viabilize uma construção gradual do ciclo hermenêutico. Scheleiermacher diz que o fechamento do círculo se torna possível, então, através de uma compreensão prévia, ainda que superficial, do todo. Tanto em termos de linguagem quanto do tema deve haver uma pré-compreensão do intérprete que através de suas experiências anteriores irá experimentar o substrato apresentado para daí desenvolver o processo de compreensão.

#### 4.2. A contribuição de Dilthey

Entretanto, é com a obra do filósofo Wilhelm Dilthey que a hermenêutica adquire o estatuto de um modo de conhecimento da vida humana, especialmente apto para apreender a cultura, irreduzível em si mesma aos fenômenos naturais<sup>21</sup>.

Dilthey retomou o projeto de uma hermenêutica geral, abandonado após a morte de Scheleiermacher. Seu projeto se baseou numa hermenêutica voltada para as *geisteswissenschaften* (todas as humanidades e ciências sociais). Seu projeto, entretanto foi voltado para uma hermenêutica que apresentasse métodos para alcançar uma interpretação objetivamente válida. Apesar da objetividade da sua teoria, rejeitava a idéia de se utilizar métodos das ciências naturais às ciências humanas.

Dilthey voltou-se contra o historicismo alemão e contra o psicologismo de scheleiermacher. Segundo Palmer<sup>22</sup>, dois antagonismos filosóficos convergiram em Dilthey: realismo empírico e o positivismo anglo-francês / filosofia da vida e o idealismo alemães.

Para Dilthey os novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos tinham que derivar das características da própria experiência vivida, baseando-se nas categorias de sentido e não nas categorias de poder, nas categorias de história e não das matemáticas. A compreensão não é um mero ato de pensamento, mas uma transposição e uma nova experiência do mundo tal como o captamos na experiência vivida<sup>23</sup>.

21. SOARES. R.M.F. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07

22. *Idib.* p 106.

23. SOARES. R.M.F. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 08

As distinções existentes entre as ciências humanas e naturais, sugerem uma metodologia distinta e apropriada para cada uma delas.

Assevera Palmer que “...a diferença entre os estudos humanísticos e as ciências naturais, não está necessariamente nem num tipo de objeto diferente que os estudos humanísticos possam ter, nem num tipo diferente de percepção; a diferença essencial está no contexto dentro do qual o objeto percebido é compreendido... num contexto que se refere a uma **experiência interna**.”<sup>24</sup>

Dilthey acreditava que a **compreensão** era a palavra chave para os estudos humanísticos, sendo a **explicação** a categoria adequada às ciências naturais.

Uma das principais contribuições de Dilthey foi alargar o horizonte da hermenêutica, colocando-o no contexto da interpretação dos estudos humanísticos.

#### 4.3. A contribuição de Heidegger

Já em Heidegger observa-se duas rupturas em relação à concepção preconizada por Dilthey, que, a nosso ver dá um grande passo nos estudos hermenêuticos rumo à concatenação com a pós-modernidade.

Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe. Não é capacidade ou dom especial de sentirmos a situação de outra pessoa (Scheleiermacher), nem é o poder de captar mais profundamente o significado de alguma manifestação de vida (Dilthey). A compreensão não se concebe como algo que se possua, mas antes como um modo ou elemento do ser-no-mundo. Não é uma entidade no mundo, antes é a estrutura do ser que torna possível o exercício atual da compreensão a um nível empírico<sup>25</sup>.

Dilthey estabeleceu que a compreensão se dava num círculo hermenêutico e não da compreensão escalonada da parte para o todo. Heidegger avança mais um passo ao explorar as implicações do círculo hermenêutico no que diz respeito à estrutura ontológica de toda a compreensão e interpretação existenciais do homem. Em Heidegger a compreensão se torna ontológica.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, para Heidegger “a compreensão passa a ser visualizada não como um ato cognitivo de um sujeito dissociado

24. PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 111.

25. PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 135/136.



do mundo, mas, isto sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico...O horizonte da compreensão é a apreensão e o esclarecimento de uma dimensão primordial, que precede a dimensão sujeito-objeto: a do ser-no-mundo. O homem só se realiza na presença. É esta presença que joga originariamente nosso ser no mundo... Ser no mundo é uma estrutura de realização. Por sua dinâmica, o homem está sempre superando os limites entre o interior e o mundo exterior.<sup>26</sup>

Heidegger transcende a idéia de compreensão de Dilthey (forma histórica contra forma científica). Foi mais longe defendendo que toda compreensão é temporal, intencional e histórica. Ultrapassou concepções anteriores ao encarar a compreensão não como um processo mental, mas ontológico, não como um estudo de processos conscientes/inconscientes, mas aquilo que se revela como real para o homem.

Nos seus escritos finais volta-se cada vez mais para o problema da interpretação (enquanto exegese), aprofundando mais ainda a sua contribuição para o problema hermenêutico.

O pensamento verdadeiro em Heidegger é definido não como manipulação (subjetivista) daquilo que foi relevado, mas como revelação do que estava escondido. Este processo se dá através de um diálogo com o texto.

No pensamento de Heidegger o homem tem de transformar o ser que se lhe revela na história e tem de se colocar na história.

Palmer destaca que a filosofia de Heidegger se torna essencialmente hermenêutica, modificando, entretanto toda concepção anterior de disciplina filológica de interpretação de textos bíblicos; esquema sujeito-objeto; objetividade, normas de validação, texto como expressão de vida (Dilthey).

Para Palmer, Heidegger foi mais longe que Dilthey na sua abordagem já ampla da hermenêutica como base metodológica de todas as disciplinas humanísticas; em Heidegger, a hermenêutica aponta para a compreensão enquanto tal. A dicotomia histórico-científica (Dilthey) foi abandonada, para o sustento de que toda compreensão se radica no caráter histórico da compreensão existencial. Abre-se caminho para a hermenêutica filosófica de Gadamer.

26. SOARES. R.M.F. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

#### 4.4. A contribuição de Gadamer

Gadamer apresenta em sua obra *Verdade e Método*<sup>27</sup>: Elementos de uma Hermenêutica Filosófica, não só uma revisão crítica da estética moderna e da teoria da compreensão histórica, numa perspectiva heideggeriana, como uma nova hermenêutica filosófica baseada na ontologia da linguagem, em contraposição ao ideologismo alemão de Betti que procurou manter a hermenêutica em um campo que fosse possível de assegurar resultados objetivamente válidos longe das categorias fenomenológicas de Heidegger, que julgava relativistas e incapazes de produzir uma análise objetiva.

Para Gadamer, a compreensão não se concebe como um processo subjetivo do homem face a um objeto, mas sim como um modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão como processo ontológico<sup>28</sup>.

Gadamer não se preocupa com problemas práticos relativos a obtenção de princípios interpretativos corretos, mas antes pretende esclarecer o próprio fenômeno da compreensão.

O problema da compreensão seria muito mais abrangente que a interpretação em si. Na trilha de Heidegger, Gadamer eleva o problema hermenêutico a um patamar que serve à explicação da própria compreensão do homem no mundo, como uma experiência englobante e universal.

Segundo Palmer, a experiência hermenêutica é um encontro entre a herança (sob a forma de um texto transmitido) e o horizonte do interprete. A experiência ocorre na e pela linguagem. Fazemos parte do mundo e participamos dele através da linguagem e não o contrário. A linguagem tem como função tornar as coisas compreensíveis. O mundo se revela através da linguagem<sup>29</sup>.

Em Gadamer, fora da história não há lugar para o interprete. Não há como ser atemporal e fugir da carga de tradição que carrega. A interpretação de um texto, pois, não é uma abertura passiva, mas uma interação dialética com o texto que se faz possível através da linguagem. A compreensão humana é histórica, lingüística e dialética.

27. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2004.

28. PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 168.

29. PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 210.

Assim, verifica-se que idéias como a recusa à literalidade textual, a historicidade, a abertura aos valores, a dialogicidade e o horizonte lingüístico estão umbilicalmente ligadas à hermenêutica jurídica e ao exercício da interpretação do direito no mundo pós-moderno.

#### **4.5. A hermenêutica moderna e pós-moderna**

A evolução da hermenêutica, como visto, perpassa por algumas etapas que acompanham, naturalmente, certas circunstâncias constatadas no contexto político e cultural da sociedade. Na era da modernidade, a hermenêutica de Schleiermacher e, posteriormente, com Dilthey, buscavam uma espécie de sistematização, típica do momento cientificista da modernidade.

O projeto da unificação hermenêutica com uma disciplina geral que abarcasse todas as formas interpretativas existentes ou, ainda, todas as formas interpretativas das “ciências dos espíritos”, como preconizou Dilthey, não deixa de ser uma ambição concatenada com as necessidades do mundo moderno. Assim como a codificação na seara jurídica, pretendia-se algo universal para a interpretação do que ocorre no mundo.

É possível também, uma associação entre o formato regulatório subsuntivo do positivismo legalista vigente na modernidade e o caminhar hermenêutico desenvolvido à época, seja na hermenêutica geral de Schleiermacher e Dilthey ou nos trabalhos específicos de hermenêutica jurídica desenvolvidos por Emilio Betti.

Verifica-se, por exemplo, que a postura hermenêutica desenvolvida por estes pensadores, no contexto da modernidade, ainda estava nitidamente associada à moldura estanque entre sujeito e objeto. Ora pendendo para a subjetividade (Schleiermacher), ora para a objetividade (Betti), o objeto cognoscível seria algo a ser apreendido pelo sujeito cognoscente, que através da interpretação irá decifrar a vontade do legislador (para os objetivistas) ou a vontade da lei (para os subjetivistas) de acordo com as suas idiosincrasias políticas e ideológicas.

A nova hermenêutica, no entanto, em consonância com os parâmetros pós-modernos, deve transcender a esta dicotomia sujeito/objeto. Nos projetos de Heidegger e Gadamer, verifica-se uma preocupação com a inserção do sujeito no objeto e vice-versa (ser-no-mundo). A complexidade pós-moderna, não mais comporta a dicotomia simplificada no sujeito e no objeto em dimensões estanques, na ilusão de que o ato de compreender seria apenas a apreensão pelo interprete – catalisada por instrumentos hermenêuticos - do que está escondido por trás do objeto.

O fenômeno pós-moderno, sobretudo na seara jurídica, adéqua-se melhor à nova hermenêutica que se constrói e se desenvolve através da linguagem.

O papel desta nova hermenêutica é fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico atual que se revela mutante e complexo, tendo que de ser desenvolvido através de cláusulas abertas e textos normativos principiológicos seja para não estar defasado antes mesmo do seu ingresso oficial no ordenamento, seja para comportar numa moldura mais ampla a dinâmica dos fenômenos sociais que a todo instante sofrem mutações, ramificando-se em direções das mais diversas e incertas.

É neste contexto que passaremos a estudar o papel das súmulas com efeitos vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração alguns dos principais paradigmas da pós-modernidade jurídica que não podem deixar de ser considerados para a persecução de um direito justo segundo parâmetros humanísticos realizáveis não mais num plano lógico, mas num contexto axiológico, alcançado discursivamente.

## **5. AS SÚMULAS VINCULANTES E O SEU (DES)CONTEXO NA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA**

### **5.1. Súmula vinculante e reforma do poder judiciário**

O instituto da súmula com efeitos vinculantes foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45/2004, veiculada no bojo da reforma jurídica do Poder Judiciário.

As razões principais que levaram à aprovação deste conjunto de medidas, notadamente as súmulas vinculantes, que estão intimamente relacionadas à “crise institucional” que atravessa a atividade de prestação jurisdicional pelo Estado Brasileiro nas últimas décadas, podem ser dividida em dois aspectos: necessidade de celeridade, outro com a segurança, na atuação do Poder Judiciário<sup>30</sup>.

Importante registrar que a idéia surgiu através de projeto elaborado por Haroldo Valadão e encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao Constituinte de 1946, pretendendo-se que da interpretação legal fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, fosse de observância obrigatória pelos Tribunais e juízes pátrios. Ressurgiu, posteriormente, em 1963, no anteprojecto de

30. CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico*. Revista Dialética de Direito Processual, v.17. São Paulo: Dialética, 2004.

Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria do mesmo professor — também sem êxito. O tema foi revisitado no anteprojeto de Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, em 1964.

Posteriormente, por ocasião da revisão constitucional de 1993, pretendeu-se novamente conferir às súmulas tal caráter normativo com efeito vinculante aos Órgãos do Judiciário e à Administração Pública em geral. Mais uma vez, porém, sem sucesso, tendo sido a idéia, como dito acima, encampada apenas na Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu a denominada reforma do Poder Judiciário.

A dita reforma, segundo estudiosos no tema<sup>31</sup>, teve como objetivos principais resolver problemas graves que afligem o Poder Judiciário, ligados à celeridade processual e à segurança jurídica.

Problemas atuais que assolam a Justiça brasileira e que são frutos, respectivamente do crescimento desenfreado das demandas judiciais e da complexidade dos temas jurídicos hodiernamente enfrentados. Problemas típicos do mundo pós-moderno que estão sendo combatidos através de instrumento, talvez, não dos mais adequados para tal desiderato.

A súmula vinculante está prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988. O artigo 103-A, em seu *caput*, atribui este efeito vinculante apenas às súmulas do Supremo Tribunal Federal, que tratem de matéria constitucional, e desde que obedecido um processo formal específico para tanto, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Disciplina ainda, em seu § 1.º, que a súmula deverá tratar de matéria específica, a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, sempre que estiverem identificados dois requisitos: a existência de controvérsia que provoque grave insegurança jurídica e a multiplicação de demandas idênticas sobre esta mesma controvérsia.

O artigo 103-A traz também a previsão da legitimação ativa para o propositura de adoção, modificação ou supressão de súmula vinculante (§ 2.º), e, por fim, o instrumento a ser utilizado nos casos de “ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”, a reclamação ao Supremo Tribunal Federal (§ 3.º).

31. DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 05. ed. Salvador: JusPodium, 2005, p. 38.

Há quem considere a súmula vinculante como uma das grandes inovações da EC 45/04, a exemplo de Pedro Lenza<sup>32</sup> que afirma, ao analisar os valores em conflito na questão, a prevalência da “segurança jurídica e do princípio da igualdade substancial ou material, em vez da liberdade irrestrita do magistrado nas causas já decididas e pacificadas pelo STF, desafogando, por consequência, o Poder Judiciário das milhares de causas repetidas”. Assim, a estabilidade das relações jurídicas estaria assegurada pela instituição da súmula vinculante, que, em consequência eliminaria as incertezas e a morosidade do processo judicial.

Entretanto, deve-se ponderar que a súmula com efeitos vinculantes, em verdade, traz uma limitação extremada ao texto constitucional na medida em que restringe a sua interpretação àquela que o Supremo Tribunal Federal entende como mais adequada naquele instante para dirimir conflitos em massa existentes na sociedade.

Registre-se que o presente trabalho, não tem por objeto investigar se os problemas da celeridade e da segurança jurídica serão efetivamente solucionados através das súmulas vinculantes. Neste sentido, há estudos valiosos empenhados na comprovação acerca da falibilidade das súmulas vinculantes para tal desiderato, como o já citado trabalho de Pedro Leonardo Summers Caimmy, que com argumentos sólidos, consegue desmistificar a falsa ilusão acerca da fácil solubilidade das referidas problemáticas pelo referido instituto.

O que se pretende aqui é alertar para o equívoco de se utilizar um instituto preso a paradigmas afeitos ao período da modernidade, num contexto pós-moderno em que estão inseridos os problemas sociais e jurídicos que enfrentam o Poder Judiciário brasileiro hodiernamente.

## **5.2. A súmula vinculante como um contrasenso na pós-modernidade**

É visível a problemática em que está inserido o Poder Judiciário, com milhares de demandas acumuladas, muitas delas repetidas a exemplo de questões consumeristas que envolvem planos de saúde ou empresas de telecomunicação; e o surgimento de demandas cada vez mais complexas, envolvendo muitas vezes problemas sociais, como a ocupação de áreas públicas por cidadãos sem teto.

Compreensível que se pretenda empregar meios capazes solucionar (ou amenizar) de alguma forma tais situações.

32. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 08. ed. São Paulo: Método, 2005, p.381.

Entretanto, utilizar a súmula com efeitos vinculantes como solução para tanto, pode ocasionar problemas mais complexos, uma vez que se estará atuando na contramão da pós-modernidade.

Em capítulos anteriores alinhavamos que a modernidade jurídica foi um período em que os Estados modernos viviam uma transição do absolutismo monárquico para o capitalismo burguês, que necessitava institucionalizar a sua ideologia. O período das trevas deu lugar ao século das luzes, onde a ciência imperaria como única forma de saber segura digna de confiança num momento sério em que a segurança era buscada para o esquecimento das barbáries praticadas por ocasião da tomada da Bastilha.

Na seara jurídica, a segurança e a institucionalização necessárias à manutenção da euforia *Liberté, Igualité e Fraternité*, foram obtidas através da positivação das normas jurídicas que eram impostas pelo novo Estado através de Leis que deveriam ser interpretadas segundo a doutrina Juspositivista que valorizava o interprete autêntico<sup>33</sup>.

Havia a coincidência entre Lei e norma jurídica, uma vez que lidando com fatos sociais não tão complexos fazia-se possível, em tese, o exercício do direito através de mera subsunção entre norma (premissa maior) e fato (premissa menor).

Neste contexto da modernidade, a súmula vinculante parece se adequar perfeitamente. Na hipótese de haver dúvida interpretativa de uma norma a ser aplicada a um caso concreto, capaz de gerar insegurança, a Suprema Corte Judiciária afastaria o impasse, espaneçaria a dúvida, impondo a única interpretação cabível a todos os casos semelhantes.

Afirma Caimmy<sup>34</sup> que o instituto das súmulas vinculantes se realmente é mecanismo útil na consolidação da segurança nas relações jurídicas no Brasil, jamais pode ter a si atribuída a capacidade para, sozinho, propiciar esta segurança, com independência de outros fatores, salvo em um paradigma estritamente positivista, que identifica o Direito com textos de lei ou normas jurídicas isoladamente consideradas, dissociadas de sua dimensão pragmática ou humana.

Esta visão, entretanto, é equivocada, porque prega uma solução exclusivamente normativa e lógica para um problema que é essencialmente humano e axiológico. Inicialmente, percebe-se que a idéia de segurança “automática” pela adoção da súmula vinculante repousa em uma identidade entre texto de lei e

33. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

34. *Ibid.* p. 15.

norma jurídica, e entre esta e o próprio fenômeno jurídico; por esta identificação, se reduziria a complexidade do jurídico até o ponto em que, efetivamente, uma determinação concreta, formulada em linguagem precisa pelo Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante, resolveria automaticamente os problemas, já que o texto da súmula seria uma norma jurídica aplicada “sobre todas as outras”, sem possibilidade de conflito real.

Levando-se em consideração o contexto da pós-modernidade em que se encara o fenômeno jurídico como plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, seria um absoluto contrasenso a adoção das súmulas vinculantes como uma solução viável ao combate de problemas pontuais que assolam o Poder Judiciário.

Isto porque o pluralismo que se evoca no mundo jurídico pós-moderno clama por uma multiplicidade de fontes para melhor gerir a aplicação do direito. Trocar a fonte legal – da qual se poderia arriscar uma interpretação razoável a cada caso concreto – para a fonte jurisprudencial sumulada com efeitos vinculantes de uma única interpretação válida acerca de uma norma constitucional, genérica para todos os casos ditos similares, não parece coadunar com o clamor pós-moderno de um direito plural, que admita fontes diversas capazes de regular com eficácia e justiça a complexidade factual hoje existente.

Da mesma forma, já não se pode conceber o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico. O direito pós-moderno deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser meramente legalista para interagir (dialogar) com as novas fontes do direito. Tornou-se muito mais complexo, mas nunca, como agora reuniu tantas condições para ser justo em cada caso concreto. Do método da subsunção passamos à ponderação de todos os valores em jogo para que se atinja a decisão mais justa no caso concreto.

Esta característica reflexiva em que o direito se estabelece neste novo momento não se coaduna com o aprisionamento proporcionado pelas súmulas vinculantes, que ao eleger determinada direção interpretativa como justa a uma série de casos concretos, distancia-se desta realidade evidente no mundo jurídico pós-moderno.

O reconhecimento do fenômeno jurídico como prospectivo refere-se à dinamicidade do direito, exigindo do Poder Estatal a elaboração de diplomas legais marcados pela abertura textual. A utilização de fórmulas normativas propositalmente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir



a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que possa adaptá-lo aos novos tempos.

As súmulas com efeitos vinculantes, ao revés, reduzem a flexibilidade normativa preconizada pelo paradigma prospectivo, na medida em que aprisiona as possibilidades interpretativas do texto constitucional à admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda que tal limitação não esgote as possibilidades hermenêuticas que decorrem da interpretação do texto sumulado quando da aplicação ao caso concreto, que também será interpretado para a construção da norma jurídica a ser aplicada; tal limitação, sem dúvida, reduz excessivamente as possibilidades interpretativas do texto constitucional, o não se coaduna com a perspectiva pós-moderna em comento.

Como já dito, o fenômeno jurídico pós-moderno valoriza a dimensão discursivo-comunicativa. Tanto a teoria quanto a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a uma mera operação lógico-formal, mas concatena fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios.

Entretanto, os limites discursivos impostos através das súmulas vinculantes são diametralmente opostos à realidade argumentativa verificada no direito pós-moderno.

Por fim, tem-se que o direito pós-moderno é relativo, uma vez que não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas dados relativos e provisórios.

Não é difícil verificar que as súmulas vinculantes na medida em que limitam a interpretação de normas constitucionais relevantes, tendo-as como verdades absolutas para uma série de casos considerados, superficialmente, como similares, ainda que haja possibilidade de alteração através de revisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou por provocação de alguns entes legitimados, sabe-se que o sentido comum teórico dos juristas, bem explanado por Warat, citado por Lênio Streck<sup>35</sup>, quando fincado através dos precedentes – sobretudo os de caráter vinculante – reduz a capacidade argumentativa em sentido contrário à interpretação da norma sumulada, que passa, por período mais do que necessário, do caráter relativo a absoluto, prejudicando com isso a realização de um direito justo e adequado à complexidade mutante que realidade contemporânea.

35. STRECK, Lênio. **Hermenêutica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 1999, p. 51.

## 6. CONCLUSÃO

O presente estudo demonstra que o instituto da súmula vinculante, apesar de festejado por alguns no intento de solucionar problemas que assolam o Poder Judiciário brasileiro na atualidade, a exemplo da celeridade processual e segurança jurídica, não está em consonância com os paradigmas atuais afeitos ao fenômeno jurídico pós-moderno.

Diante da realidade jurídica que revela um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, como condição fundamental à realização de um direito justo, capaz de atender aos anseios de uma sociedade complexa e galopante como a se vê atualmente, o referido contraria em maior ou menor grau todos os paradigmas indicados.

Ou seja, valorizar um instituto que não se coaduna com os principais paradigmas evocados na sistemática jurídica pós-moderna, com a qual que lidar nos próximos tempos, ainda que na tentativa de solucionar problemas reais da atualidade, não parece a forma mais acertada de fazê-lo.

Não há como deixar de constatar que a súmula vinculante mitiga a utilização da arma mais poderosa que temos para lidar com o fenômeno jurídico no contexto da pós-modernidade: a hermenêutica.

Isto ocorre na medida em que o referido instituto limita a aplicação de textos constitucionais relevantes a uma das possibilidades interpretativas existentes dentro da moldura legislativa propositalmente elaborada com uma certa amplitude para que sirva a adequação justa nos casos concretos.

A nova Hermenêutica Jurídica pautada em uma construção normativa pautada da semiótica, erigida num patamar teórico que supera a dicotomia sujeito-objeto, desponta como o instrumento capaz de viabilizar a concretização do fenômeno jurídico pós-moderno calcado em cláusulas abertas e normas principiológicas, formatos normativos capazes de preservar o texto jurídico legal de modo evitar a sua defasagem instantânea, abarcando a complexidade dos temas discutidos na sociedade atual.

Assim, não há dúvida que o instituto da súmula vinculante, na medida em que limita as possibilidades interpretativas do texto constitucional a um entendimento reduzido eleito pela Corte Suprema, reduzindo a possibilidade realização da justiça através da construção discursiva e democrática das decisões jurídicas nos mais diversos casos concretos, revela-se incompatível com os principais paradigmas da pós-modernidade, devendo ser repensada a sua estruturação no sistema jurídico brasileiro.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito, razão, discurso**: estudos para a Filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica de Cláudio de Cicco, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., 10ª ed., Brasília: UnB, 1997.
- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico*. Revista Dialética de Direito Processual, v.17. São Paulo: Dialética, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 05. ed. Salvador: JusPodium, 2005.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. **Heráclito**: a origem do pensamento ocidental. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características do Direito na Pós-Modernidade. Revista de Direito, vol. 13, n. 17, ano 2010.
- PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa. Edições 70, 1999.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- PIMENTA, P. R. L. Limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 4, p. 122-129, 2003.
- \_\_\_\_\_. Súmula com efeito vinculante. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 39, p. 113-120, jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. A súmula com efeito vinculante na lei nº 11.417/06. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 50, p. 86-94, maio 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed., São Paulo: Cortez, 2000.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Hermenêutica jurídica: a linguagem como pressuposto fundamental. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, nº 12/2005, p.99-131, 2005.
- SILVA, Bruno Mattos e. **A súmula vinculante para a administração pública aprovada pela reforma do Judiciário**. Informativo jurídico In consulex, v. 19, n. 15, p. 5-8, 18 abr. 2005.
- SOARES, R. M. F. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STREK, Lênio. **Hermenêutica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 1999.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001.

## II

# VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO TRABALHO

Leitura constitucional da Carta Magna e da legislação infraconstitucional

*Maria da Graça Bellino  
de Athayde de Antunes Varela*

Procuradora do Estado – janeiro de 1986 a maio de 1992. Juíza do Trabalho, titular da 28ª Vara do Trabalho de Salvador. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. E.mail: *gracavarela@uol.com.br*.

**RESUMO:** Neste artigo, fruto da continuidade do trabalho de pesquisa no Mestrado em direito Público da Universidade Federal da Bahia e da realização dos primeiros estudos voltados para a elaboração da tese a ser defendida visando à obtenção do Doutorado, na mesma área e na mesma Instituição, é feita uma abordagem a respeito da vinculação dos particulares ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais do trabalho e da sua repercussão na interpretação da legislação que regula as relações de emprego, trazendo à discussão algumas situações em que resta evidenciada a inconstitucionalidade, ainda que material ou específica, da leitura feita sem o foco constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais sociais ao trabalho; Vinculação dos Poderes do Estado; Vinculação dos particulares: direta e imediata; Interpretação constitucional.

**ABSTRACT:** In this paper, result of the continuity research work in the Masters in Public Right of *Universidade Federal da Bahia* and the completion of preliminary studies on the dissertation to be defended in order to obtain the doctorate in the same area and at the same institution, is made an approach about the linkage of individuals to fulfill the social employment basic rights and its impact on the interpretation of the law governing employment relations, bringing to discuss some situations that remains evidenced the unconstitutionality of reading done without constitutional focus, even if material or specific.

**KEYWORDS:** Social fundamental right to work; State submission to social fundamental rights; Citizens submission to social fundamental rights; Constitutional interpretation.

**SUMÁRIO:** 1. Os direitos sociais do trabalho como direitos fundamentais. Regime constitucional. Efeitos – 2. Vinculação do Estado ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais. Deveres e direitos dela decorrentes – 3. A vinculação dos particulares ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais do trabalho. Objeções. Fundamentos. Efeitos: 3.1. Aspectos gerais; 3.2. Objeções; 3.3. Fundamentos; 3.4. Vinculação direta e imediata – 4. A leitura constitucional dos direitos do trabalhador empregado assegurados no texto da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional:

A) Prescrição quinquenal; B) Definição da competência territorial; C) Revista pessoal; D) Banco de horas; E) Relação doméstica; F) Despedida por justa causa. Acusação de falta grave cometida pelo empregado – 5. Conclusão – 6. Referências

## **1. OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS. REGIME CONSTITUCIONAL. EFEITOS**

Os direitos sociais do trabalho, ainda que não o fossem de forma expressa, estão assegurados no texto constitucional, já que, em seu art. 1º, a Carta Magna anuncia que o Brasil é uma República constituída em um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus cinco fundamentos a dignidade da pessoa humana, estabelecendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Não se constrói uma sociedade tendo esses parâmetros se não houver dignidade nas relações de trabalho, e, especificamente, nas relações de emprego. O direito ao trabalho abrange o direito a trabalhar, seja de forma autônoma, seja sob a direção de outrem. Mas, não basta o trabalho. O trabalho tem que ser digno, e, por isso mesmo, envolve a proteção à remuneração, o ambiente de trabalho, físico e emocional, a preservação do emprego, o acesso a esse vínculo, a existência de política de adequação às novas formas de trabalho exigidas pela evolução tecnológica, o tempo no trabalho, a saúde do empregado, a proteção à empresa que assegura o nível de emprego, enfim, o acesso, a dignidade e a preservação do posto de trabalho. Abrange, também, o direito de ser amparado quando impedido de trabalhar.

A valorização do trabalho a que se refere o texto constitucional no inciso IV do art. 1º implica entender-se o trabalho não como mercadoria a ser comercializada e sim como veículo da construção da dignidade da pessoa, mecanismo de ascensão social, contributo para a melhoria das condições sociais e econômicas de quem o presta e da comunidade como um todo. Por isso, a comunidade amadurecida investe na condição do trabalhador exatamente porque também ela é beneficiada pelo quanto ele produz, sendo certo que aquele que o faz de forma humana é certamente mais contributivo do que aquele outro, explorado e, portanto insatisfeito, estatisticamente mais propenso a doenças e aposentadoria precoce. Embora tenham surgido outras formas de trabalho desde a Revolução Industrial, levando à recente ampliação da competência da Justiça do Trabalho para as causas envolvendo qualquer relação de trabalho, o emprego é ainda o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica da sociedade de economia

capitalista. O emprego é a figura que engendra a maior carga de estabilidade social, mormente quando os contratos se estabelecem sem prazo, assentes com o princípio da continuidade. Portanto, não só do ponto de vista da proteção individual do empregado, mas também como fator de segurança social, é no emprego que o trabalho corresponde a instrumento de inserção no sistema socioeconômico capitalista, e nessa perspectiva é que se exalta o compromisso da busca de pleno emprego.<sup>1</sup>

No Brasil, o Estado, em face da definição constitucional da sua atuação, revela-se um Estado Social, pelo que assume a responsabilidade pela promoção do bem-estar mínimo dos cidadãos, mediante prestações positivas que lhes assegurem uma existência digna. Não se busca mais com prioridade a liberdade e sim a igualdade – jurídica e socioeconômica – e, em nome da igualdade, limita-se o campo da liberdade.

Os direitos sociais são, portanto, princípios densificadores do princípio da dignidade da pessoa, imprescindíveis à sua concretização. Por traduzirem valor que, nascido para o indivíduo, ultrapassa a sua esfera de interesses e reflete-se na construção da sociedade idealizada como razão de ser do Brasil, os direitos sociais repercutem não só no ordenamento jurídico como um todo, mas também na situação jurídica de cada um. Revelam, assim, uma dimensão objetiva, vinculando a atuação do Poder Político e obrigando a uma nova compreensão de todo o sistema jurídico; e uma dimensão subjetiva, definidora de efeitos na situação jurídica de cada sujeito de direito.

Desse modo, considerando a dimensão objetiva, os direitos sociais têm uma função que transcende o indivíduo, irradiam em todo o ordenamento jurídico direcionando as atividades do legislador, do administrador público e do juiz não só na determinação das ações necessárias e adequadas à sua concretização, como também no controle da constitucionalidade de seus atos, comissivos e omissivos. Vinculam, ainda, os particulares nas suas relações privadas. Desempenham, assim, uma função na integração, sistematização e sedimentação de todo o ordenamento jurídico do Estado Social. São, enfim, pilar da estrutura da sociedade.

Essa nova compreensão do ordenamento jurídico significa que os direitos sociais, entre eles o direito ao trabalho, constituem parâmetro de averiguação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, a exemplo das normas que estabelecem a despedida, com ou sem justa causa, a jornada laboral, a legislação

1. ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(Re)significação dos princípios de direito do trabalho*. Porto Alegre: Safe, 2009, p.103

apartada da relação doméstica, o pagamento de adicionais pela exposição a risco ou a danos à saúde, a revista pessoal, a responsabilidade nos acidentes do trabalho e das doenças profissionais, e, no âmbito do direito processual do trabalho, a definição do foro competente para o conhecimento e julgamento das ações.

Por força também da dimensão objetiva do direito ao trabalho, cabe ao Estado adotar medidas de proteção, abrangidas as de natureza preventiva, contra a atuação dos poderes públicos, contra atos de terceiros e contra o agir do próprio titular do direito. O direito de defesa social, no sentido de haver abstenção de atos de violação dos direitos sociais, obriga uma atuação positiva por parte do Estado, podendo vir a ser responsabilizado por sua omissão.

O legislador constituinte seguiu, assim, a tendência revelada nas constituições modernas, no sentido de constitucionalizar os direitos sociais e de revesti-los de garantias capazes de impedir que permanecessem sendo meras promessas. Apesar de ter sido inspirado pela Constituição da República Portuguesa de 1976, entre outras, em que há previsão de regime diferenciado para os direitos designados econômicos, culturais e sociais, o sistema constitucional brasileiro não faz distinção no tratamento atribuído a esses e aos direitos individuais. Todos são considerados formal e materialmente direitos fundamentais, imunes à competência revisora ou reformadora, pois integram o denominado núcleo duro do texto constitucional, e de aplicabilidade imediata, assegurada por instrumentos de acesso ao Poder Judiciário.

Essa garantia de efetividade e de exigibilidade deve ser compreendida como obrigatoriedade da prestação imediata do que possa ser definido como mínimo existencial, capaz de assegurar ou preservar o núcleo essencial do princípio da dignidade, e, em relação ao que for além desse patamar básico, a certeza do cumprimento gradativo, mas permanente, passível de ter os seus parâmetros controlados judicialmente, mediante avaliação da reserva do possível, ou seja, do que economicamente é possível ser feito. A escassez de recursos é sempre um parâmetro a ser considerado no processo de efetivação dos direitos sociais, mas que não condiciona o seu reconhecimento. Sendo um limite fático, deve ser considerado na avaliação do cumprimento gradativo das tarefas sociais. A diretriz do legislador constituinte é no sentido de estabelecer ser o Brasil um Estado social. Por conseguinte, tornou obrigatória a máxima aplicação dos recursos financeiros na consecução das tarefas impostas pelos direitos sociais, não se aceitando a evasiva da reserva do possível, principalmente em relação à implementação de programas de baixo custo visando o atendimento aos padrões mínimos da vida humana. Não são os direitos que têm que se adaptar à disponibilidade financeira. É o Estado que deve buscar os recursos que sejam necessários ao cumprimento



desse dever constitucional e estabelecer esse cumprimento como prioridade, a ser efetivamente observada.

Há, portanto, uma autorização constitucional para a judiciabilidade da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo destinada à realização das tarefas necessárias à consecução da meta constitucionalmente traçada por cada direito social. Desta forma, o reconhecimento desses direitos não pode ficar condicionado ao princípio da independência dos poderes, que, pela sua instrumentalidade, está a serviço da realização da Constituição. É ela que define o regime desse princípio, ou seja, a forma como deve ser a harmonização das funções de cada um dos Poderes. A Constituição Federal de 1988 proclama a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, incluindo os que exigem para sua eficácia plena a adoção de medidas legislativas e administrativas de concretização e execução, dever constitucional que é imposto ao Estado. A omissão absoluta ou parcial, ou seja, o não cumprimento ou o cumprimento irregular desses deveres revelam inconstitucionalidade, ensejando a adoção de medidas judiciais capazes de sanar essa situação, seja pelo afastamento da norma assim considerada, seja pela edição de norma de caráter geral, mas provisório, ou interpartes, mas definitiva, capaz de dar efetividade ao direito constitucionalmente assegurado.

Diante da impossibilidade da permanência de violações à Constituição, não cabe afastar-se a atuação do Judiciário em nome do princípio da maioria ou do princípio da separação dos poderes, sob pena de justificar-se a prepotência e a imunidade do Poder Legislativo e da Administração Pública. É a Carta Magna que deve prevalecer e não os princípios instrumentais, já que estes foram definidos como meios de realização dos preceitos constitucionais e não como fins de maior eficácia do que aquela conferida aos próprios direitos fundamentais.

## **2. VINCULAÇÃO DO ESTADO AO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. DEVERES E DIREITOS DELA DECORRENTES**

O dever de legislar tem como finalidade a concretização dos direitos fundamentais, especificamente aqueles que devem ser gradativamente implementados, visando à construção do Brasil anunciado no art. 1º do texto constitucional. A omissão do legislador torna-se inconstitucional quando o dever de legislar não é cumprido em tempo razoável e é verificada a lesão ou a ameaça de lesão a direito fundamental.

O Poder Executivo está vinculado aos direitos fundamentais, incluindo o dever de fomentar o desenvolvimento, sendo co-responsável pela criação das

condições necessárias a que o sujeito de direito possa alcançar os bens jurídicos protegidos pelos direitos sociais. Entre os deveres ensejados pelos direitos sociais podem ser indicados o dever de veto de lei que possa ofendê-los, o de iniciativa de ação de declaração da inconstitucionalidade que concretize essa afronta, aí abrangida a tentativa de emenda constitucional, já que abrangidos pela proteção especial das designadas cláusulas pétreas. Cumpre-lhe, ainda, o dever de prestar o mínimo existencial e a obrigatoriedade de sua previsão nos planos plurianuais, nas políticas públicas, na lei de diretrizes orçamentárias e no orçamento anual. Não há discricionariedade absoluta na atuação do administrador público, que é objeto de controle judicial, no que se refere à verificação da razoabilidade dos meios escolhidos para implementação de cada direito social, da aferição do seu cumprimento gradual e das prioridades estabelecidas, além do cumprimento obrigatório do orçamento. Cabe ao Ministério Público, através dos instrumentos judiciais e extrajudiciais de que dispõe, exercer um controle dessas ações, tentando inicialmente a via do acerto de conduta, da recomendação, do inquérito civil e, chegando a impasse, levá-las ao exame do Poder Judiciário, a quem cumpre decidir definitivamente a respeito.

O dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário é cumprido sem qualquer direcionamento em favor de uma das partes. Ao desempenhar a sua função de julgar conforme os direitos fundamentais, cumprindo a Constituição, protege esses direitos. A ele, que havia tido a sua função reduzida a mera repetição do texto literal do direito positivado, cabe assumir a posição de co-responsabilidade pela realização constitucional, participando de forma efetiva no sistema voltado para essa finalidade, definido pelo constituinte. O juiz não pode mais se sentir exonerado de qualquer responsabilidade, justificando a injustiça da sua sentença na atuação do legislador, do administrador público ou até mesmo da Corte que lhe seja superior. A vinculação do juiz abrange a dimensão negativa e positiva dos direitos sociais. A primeira consiste na não criação de obstáculos à efetivação dos direitos sociais. Não pode ser impedido o livre acesso à solução judicial, o que ocorre quando se criam exigências não justificadas como requisitos da ação. Não pode o Poder Judiciário fomentar o retrocesso social. Por conseguinte, as suas sentenças não podem implicar redução de direitos já conquistados, tal como não deve, em princípio, aplicar lei que provoque esse retrocesso nem permitir a sua permanência no ordenamento jurídico. Sob a perspectiva positiva, cumpre-lhe buscar uma compreensão das normas que seja a mais adequada à realização dos direitos fundamentais, visando sempre uma interpretação conforme a constituição e voltada para lhe dar a máxima efetividade possível, em face da aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Tem, assim, o Poder Judiciário a função de garantia da força normativa da Constituição, promovendo a realização dos seus preceitos,

e a supremacia da Carta Magna, impondo-a aos Poderes Legislativo e Executivo, quer eles se omitam no cumprimento dos deveres constitucionais, quer eles atuem de forma a atentar contra os princípios ali definidos.

Algumas das normas de direitos fundamentais sociais do trabalho são de cunho programático, assim consideradas aquelas que impõem ao Estado o atendimento da finalidade por elas anunciada, a ser atingida mediante o cumprimento de tarefas, que exemplifica ou não, cabendo a definição das formas de concretização, segundo os parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional, ao legislador e ao administrador público, e, na omissão dos dois, ao juiz.

O direito ao trabalho vincula o Poder Político e os particulares, sendo garantida a sua efetividade pela exigibilidade imediata, pela vedação de ser objeto de reforma ou revisão constitucional e pelas ações constitucionais.

A omissão do Estado deve ser suprida pela atuação substitutiva do Judiciário sem que tal implique ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que essa solução é definida constitucionalmente.

A relação jurídica que se forma pela incidência das normas de direito ao trabalho atribui ao sujeito de direito ativo a posição de titular de direito subjetivo e ao passivo, de devedor.

A cada dever do Estado que foi estabelecido no estudo da dimensão objetiva corresponde um direito subjetivo individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso. Reconhece-se, assim, o direito subjetivo: à legislação e às medidas administrativas concretizadoras dos direitos sociais do trabalho; à legislação que seja conforme aos parâmetros constitucionais; à proteção contra atos praticados pelo Estado, por terceiros ou pelo próprio titular do direito; ao não retrocesso social; à preservação da legislação infraconstitucional necessária à sua efetivação; à previsão da política de trabalho e de emprego; à inclusão da verba necessária ao cumprimento das metas; ao cumprimento do orçamento; ao mínimo existencial; à decisão judicial que, na sua fundamentação, considere o direito ao trabalho para lhe dar a máxima efetividade; à decisão judicial que, na ponderação que se torne necessária, considere o direito ao trabalho; à abstenção de atos que possam afrontar o direito ao trabalho.

A prestação devida em razão do direito ao trabalho pode ser uma conduta de abstenção, de proteção, normativa, de organização, de procedimento e material. Sendo material, tem como patamar base o mínimo existencial, que não se confunde com o subemprego. Em relação a esse mínimo, o direito ao trabalho assume a natureza de regra, pela definitividade, já que não deve caber ponderação, aqui não se incluindo as situações de emergência também constitucionalmente previstas.

Os sindicatos têm papel de grande relevância na defesa dos direitos subjetivos, tendo legitimidade para agir em juízo. Por sua vez, o Ministério Público tem o dever de proceder à defesa do direito ao trabalho e, nomeadamente, ao emprego, independentemente dos diversos diplomas legais que expressamente lhe atribuem essa função, considerando o quanto disposto no próprio texto Constitucional.

### **3. A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO TRABALHO. OBJEÇÕES. FUNDAMENTOS. EFEITOS**

#### **3.1. Aspectos gerais**

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é objeto de acirradas controvérsias. Questiona-se o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas de natureza privada, sob a alegação de que essa vinculação implicaria agredir os princípios do direito privado, nomeadamente o da autonomia privada e o da liberdade contratual. Entre os que admitem a repercussão dos direitos dessa natureza na esfera das relações jurídicas privadas, divergem as opiniões quanto aos direitos alcançados por essa vinculação, principalmente no que se refere aos direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais propriamente ditos. Entre eles também não há consenso quanto às relações jurídicas abrangidas, ou seja, se apenas aquelas que envolvem particulares no exercício de função pública ou titulares do denominado poder social ou se todo e qualquer cidadão está adstrito à efetivação dos direitos fundamentais. Finalmente, discordam os autores quanto à forma da vinculação, se direta ou imediata, indireta ou mediata ou através do Estado.

Muitos dos direitos fundamentais sociais do trabalho estão clara e expressamente autorizados e determinado o seu cumprimento aos envolvidos na relação de trabalho, e, especificamente, na de emprego, a exemplo dos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII do art. 7º da Constituição Federal. Reserva-se, aqui, o estudo, para aqueles que vão além do que ali está determinado ou que ali não estão diretamente previstos. Vai-se mais além. Alguns dos direitos ou restrições a direitos ali definidos estão em relação de dependência com outros também ali estabelecidos. Enquanto não houver a implementação de um, não pode haver a restrição estabelecida em relação a outro.

As pessoas jurídicas de direito privado que detêm o chamado poder social, hoje basicamente restrito ao poder econômico, são incluídas na discussão em torno da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, pois

a sua posição não é absolutamente similar à do Estado, pelo que não é processada da mesma forma nem tem igual intensidade. Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que se similar a vinculação seria feita de forma direta “já que se cuida indubitavelmente de relações de desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os poderes públicos”. A intensidade da vinculação também seria “equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais”<sup>2</sup>.

Esse mesmo autor, em uma outra obra, ao aprofundar o tema, adverte que esse entendimento, embora bem aceito pela doutrina, deve ser visto com reservas, uma vez que, independentemente da capacidade econômica da pessoa jurídica ou física envolvida, a relação jurídica é de natureza privada incluindo dois titulares de direitos fundamentais. Assim sendo, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, também aqui “não se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular-poder público”<sup>3</sup>. Na verdade, conclui adiante, “a existência de algum detentor de poder privado num dos polos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado”<sup>4</sup>.

O que se admite, portanto, é a avaliação dessa condição no momento em que for necessária a apreciação no caso concreto do direito fundamental a prevalecer. Por isso é que se prefere utilizar a expressão vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao invés de eficácia horizontal, contrapondo-se à eficácia vertical, que se referiria à vinculação dos órgãos do Estado. Horizontal oferece a idéia de igualdade, que, como visto, nem sempre é verificada<sup>5</sup>.

2. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 342.
3. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *A Constituição concretizada*. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 129.
4. id., *ibid.*, p. 155.
5. Em relação a essas situações, é comum fazer-se concreto o dever de proteção pelo legislador, mediante a edição de normas que estabelecem a obrigação de contratar, de combate aos cartéis, de garantia da livre concorrência, de vedação de cláusulas abusivas etc. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta a “salutar tendência no sentido de se admitir, cada vez mais, que os direitos fundamentais atuam, em verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão, auxiliando, de tal sorte, na superação do fenômeno que oportunamente foi designado de “neofeudalismo social”, característico da moderna sociedade industrial e tecnológica”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: \_\_\_\_\_. *A Constituição concretizada*. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 133).

Assim sendo, a vinculação aos direitos fundamentais poderá abranger tanto as relações jurídicas entre aqueles que são potencialmente iguais como aquelas em que um dos sujeitos detém poder social.

Nas relações de trabalho, via de regra, um dos sujeitos detém o poder econômico, e, o outro, a posição de dependência econômica imediata. Esta diferença impõe um dever de atenção maior, a fim de evitar a aceitação de trabalho indigno pela garantia do emprego e do ganho mensal, cabendo ao Estado a adoção de medidas que impeçam o processo de precarização da relação de trabalho e, em momentos de crise, o fornecimento de meios compensatórios das perdas que venham a se tornar inevitáveis.

### 3.2. Objeções

A alegação de que a vinculação atinge o princípio da autonomia privada e o da liberdade contratual não pode prevalecer.

Fernando Noronha esclarece que a autonomia privada, fundamento do princípio da liberdade contratual, “consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses” tanto no que se refere aos de natureza pessoal como aos de cunho patrimonial, sendo aqui o seu campo principal<sup>6</sup>.

Francisco Amaral define-a como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”<sup>7</sup>. Alerta o referido autor que ela não deve ser confundida com autonomia da vontade, já que essa tem “uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”<sup>8</sup>.

Autonomia privada, nos termos definidos por Orlando Gomes, “é o poder de autodeterminação”, sendo o negócio jurídico, que inclui o contrato, “o instrumento através do qual o poder de autodeterminação se concretiza”. Esclarece ainda que em sentido lato, a autonomia privada, apesar das restrições que vem sofrendo em seu âmbito, continua a ser definida como “a esfera de liberdade da pessoa que lhe é reservada para o exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência”<sup>9</sup>.

6. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Fundamentos do Direito das Obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390. v. 1.

7. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 347.

8. id., *ibid.*, p. 348.

9. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 298.

A autonomia privada teve o seu auge como bem jurídico cercado de proteção quando foi deflagrada a reação ao poder absoluto do Estado e se implementou o liberalismo econômico, oportunidade em que se defendeu a liberdade quase ilimitada de cada sujeito dispor as suas relações jurídicas. Cultuava-se o individualismo, ou seja, o primado do indivíduo em relação à sociedade, sendo ele “a fonte e causa final de todo direito”. As instituições jurídicas, políticas e sociais deviam servir “aos interesses particulares dos indivíduos”, de forma preferencial em relação aos interesses coletivos<sup>10</sup>. Abrangia, principalmente, a possibilidade de dispor de seu patrimônio, sendo a justificativa a liberdade de contratar, o que permitia às partes definir o conteúdo desse negócio jurídico sem que pudesse o Estado exercer qualquer forma de controle.

Mas, conforme esclarece Francisco Amaral, o individualismo do séc. XIX, revelado no Código de Napoleão e no Código Civil da Alemanha, em que o direito civil era voltado para garantir os fins individuais referentes à família e aos bens<sup>11</sup>, foi tendo o seu âmbito de atuação restringido, perdendo a sua relevância em favor do bem comum, do bem-estar social. Gradativamente, o Estado passou a intervir no conteúdo das relações jurídicas patrimoniais, âmbito até então definido pela vontade do indivíduo.

Hoje, considerando os contratos *standard*, em que um dos polos da relação jurídica não tem liberdade ou oportunidade de discutir o conteúdo das cláusulas que o compõem, restando-lhe apenas a alternativa de aderir ao ajuste, sob pena de se ver privado de serviço ou do atendimento de necessidade relevante; considerando a função social a ser exercida tanto pelo contrato como pela propriedade; considerando o grande número de cláusulas de conteúdo obrigatório decorrente do aumento de disposições legais cogentes; considerando, ainda, a repercussão do direito constitucional; o âmbito da autonomia privada e da liberdade contratual foi sensivelmente restringido, sem, contudo, ressaltar-se, deixar de existir. Restrição não implica extinção. Há um campo de liberdade, mas não mais quase ilimitado. Ressalta Francisco Amaral que o “princípio da autonomia perde seu absolutismo, mas persiste ainda como princípio básico da ordem jurídica privada”<sup>12</sup>. Conforme esclarece Orlando Gomes, reconhecer a importância da autonomia privada não significa “contestar a conveniência de restringi-la no propósito de estabelecer o equilíbrio de interesses individuais, subordinando-os ao autêntico interesse coletivo”. Em essência, reprisa Orlando Gomes, o princípio permanece.

10. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 353.

11. id., *ibid.*, p. 363.

12. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 359.

As limitações sempre existiram, mesmo no ápice do liberalismo, embora muito limitadas, já que o controle referia-se apenas à inexistência de vícios na manifestação de vontade. O que ocorre, na verdade, é que essas limitações “se apertaram na atualidade, apanhando o campo econômico e se tornando tanto mais numerosas quanto mais se compenetra o Estado da necessidade de intervir com o objetivo de realizar superior justiça social”<sup>13</sup>. Também ressalta Francisco Amaral que “o que se pretende, enfim, é a realização da justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana”<sup>14</sup>.

Assim sendo, reconhecer que os direitos fundamentais incidem no âmbito das relações privadas, estabelecendo limites ao exercício dos direitos individuais, não constitui novidade jurídica. Por isso é que Wilson Steinmetz afirma que “a rigor, os direitos fundamentais operam como mais um tipo de limites à autonomia privada, ao lado dos já construídos no próprio campo do direito privado”<sup>15</sup>. Enfatiza Francisco Amaral que o “problema da autonomia privada é, portanto e somente, um problema de limites”, exemplificando com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, “tudo a representar as exigências crescentes de solidariedade e de sociabilidade”<sup>16</sup>.

A autonomia privada, considerando-se os princípios da ordem econômica definidos no texto constitucional, deve ser exercida de forma a atender a uma função social.

Observe-se que o princípio da autonomia privada tem fundamentação constitucional. Ao assegurar o direito geral de liberdade, o direito de propriedade, o direito de herança, o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, a livre iniciativa, o direito de estabelecer convenção ou acordo coletivos,

13. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 301.

14. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 369.

15. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 196.

16. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 365 e 349. A ordem pública é por ele considerada “como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”. O conteúdo da ordem pública, explica Maria Celina Bodin de Moraes, foi redesenhado com a nova ordem constitucional “com particular ênfase às normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2001. p.178).



o legislador constituinte assegura a liberdade de dispor de seu patrimônio, respeitados os parâmetros por ele fixados. Nesse mesmo sentido aponta Ingo Wolfgang Sarlet quando afirma que

podemos partir da premissa de que o Constituinte, se não erigiu a autonomia privada à condição de direito ou princípio fundamental expresso, a reconheceu e protegeu na condição de princípio implícito, como dão conta por exemplo, o art. 1º, inciso IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), o direito geral de liberdade (art. 5º, caput), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) e de herança (art. 5º, inciso XXX), entre outros.<sup>17</sup>

Ressalta Francisco Amaral que o fundamento da autonomia privada é a liberdade e a “concepção de que a pessoa é causa do sistema social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, pode ser instrumento de realização de justiça”<sup>18</sup>. Adiante, acrescenta que o reconhecimento constitucional da liberdade de iniciativa econômica implica acolhimento da autonomia privada, uma vez que esta, não sendo um valor em si mesmo, é instrumento de realização daquela<sup>19</sup>.

Assim sendo, quando se confrontarem direito fundamental e autonomia privada estar-se-á diante de um conflito de direitos com sede constitucional, a ser sanado mediante a utilização dos postulados da proporcionalidade. Não há, portanto, uma preferência em caráter absoluto do direito fundamental propriamente dito ou uma relação de precedência não condicionada ou absoluta e sim uma colisão a ser sanada mediante a verificação do peso das razões de cada um dos sujeitos envolvidos.

A vinculação não extingue a autonomia privada. Apenas a relativiza a fim de que prevaleça somente quando não se confrontar com razões que, no caso concreto, revelem um peso maior. Contudo, não há dúvida de que a opção ideológica do legislador constituinte, no sentido de instaurar uma ordem jurídica voltada para a construção da dignidade da pessoa, que passa obrigatoriamente pela conquista dos bens sociais mínimos, reforçada pela inclusão dos direitos fundamentais na matéria protegida da competência de reforma constitucional, permite que se estabeleça uma relação de precedência, não absoluta, mas condicionada.

17. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 341.

18. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 351.

19. id., *ibid.*, p. 364.

### 3.3. Fundamentos

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tal como a vinculação dos Poderes Políticos, tem sua justificativa em sede constitucional, especificamente nos princípios que foram acolhidos pelo legislador constituinte.

O primeiro fundamento da vinculação, embora não específico dos direitos fundamentais, decorre da própria constitucionalização do direito. A Constituição Federal de 1988 sedimentou uma tendência sentida pelos doutrinadores, no sentido de ser o texto constitucional o novo paradigma para o ordenamento jurídico. O eixo do sistema era o Direito Civil, já que a necessidade do direito positivado surgiu da busca da proteção das relações jurídicas privadas, nomeadamente as de natureza patrimonial, contra a ação do Estado. A Lei de Introdução ao Código Civil é evidência dessa dimensão civilista do direito, pois estabelece em seu texto regras de aplicação em todos os seus ramos.

Orlando Gomes já chamava a atenção para o fenômeno da emigração dos valores essenciais do Direito Privado para o Direito Constitucional, citando como exemplos o contrato, a propriedade e a família. Apontava o referido autor para

a colocação dos preceitos constitucionais no vértice da hierarquia das fontes e a enunciação de princípios gerais destinados a serem observados na interpretação e na aplicação de todas as normas do sistema, passando a Constituição a ser o centro do universo jurídico. Em consequência da constitucionalização dos referidos princípios gerais, as leis especiais passaram a derivar-se de um preceito enunciado na Constituição, penetrando, com maior força e impostação, no tecido da sociedade.<sup>20</sup>

A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica voltada, com primazia e de forma efetiva, porque amparada em instrumentos de garantia dos direitos que estabelece, para o exercício dos direitos sociais, a promoção do bem estar social, a fomentação da sociedade fraterna, implementação da harmonia social, sem, contudo, deixar de assegurar os direitos individuais, a liberdade, a livre iniciativa, o contrato e a propriedade.

Não podendo haver antinomias no ordenamento e considerando a supremacia constitucional e a tendência individualista da legislação civil, passou-se a exigir uma re-leitura dos institutos do direito. Não se abandona o indivíduo, e sim o individualismo próprio do ter, do valer pelo patrimônio. A preocupação e a diretriz da leitura dos textos legislativos centram-se no cuidado com o ser, mais especificamente, com o ser digno. A primazia, que antes era dada ao contrato e à

20. GOMES, Orlando. *Sans adieu*: 50 anos de Cátedra. Salvador: Ciência Jurídica, 1987.

propriedade, é agora do indivíduo, não daquele individualista, detentor de bens, e sim daquele visto como uma pessoa digna, situada, integrada na sociedade, valorizada em si mesma e nas relações que mantém com o outro, seja na família, no trabalho, na agremiação religiosa, na associação, no sindicato, enfim, na comunidade em que se insere. Adquiriu-se a consciência da unidade do sistema em torno da Constituição.

Assim sendo, a interpretação dos textos legais deve ser feita através da leitura dos princípios constitucionais, não só nas relações perante o Estado como também nas que se desenvolvem entre os particulares. Dessa forma, devem prevalecer os valores existenciais quando em confronto com os valores patrimoniais, e, quando em confronto valores patrimoniais, deverão prevalecer aqueles diretamente vinculados à dignidade da pessoa. A constitucionalização do direito leva a que o direito privado seja interpretado e aplicado em conformidade com o texto constitucional, considerando os objetivos nela definidos, os princípios abraçados, a ideologia defendida.

O segundo fundamento é de natureza ética, nos termos apontados por Wilson Steinmetz. Segundo o autor, inspirado em Jean Rivero,

a não extensão da eficácia de direitos fundamentais às relações entre particulares é inaceitável, porque implica duas éticas diferentes: uma ética válida para as relações entre pessoas e estado, relações sobre as quais as normas de direitos fundamentais incidem; uma ética válida para as relações entre particulares, nas quais não incidem as normas de direitos fundamentais.

Além do mais, ressalta o autor que os *direitos fundamentais são ou carregam valores morais universais que devem valer para todos os membros da comunidade nas relações que estabelecem com o Estado e entre si*<sup>21</sup>. Conforme exemplifica J.J. Gomes Canotilho, a fundamentação ética decorre da possibilidade de não poder se permitir a existência simultânea de duas ordens de valores ou de duas éticas. Assim sendo, seria considerada como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram emprego na função pública. Todavia, essa mesma exigência seria aceita ou pelo menos tolerada quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, justificada na produtividade das empresas e na autonomia contratual e empresarial<sup>22</sup>.

21. Fundamento ético – (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102).

22. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1276.

Em relação à fundamentação constitucional, afirma Wilson Steinmetz que não há apenas um fundamento e sim um “feixe ou uma constelação de fundamentos constitucionais”.<sup>23</sup> Divide-os em fundamentos principais e fundamentos de reforço. Os primeiros seriam os princípios da supremacia constitucional, da unidade constitucional, que ele designa como postulado, os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva e o princípio da dignidade da pessoa. Os fundamentos de reforço seriam o da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade.

Um outro fundamento reside na implementação do princípio da dignidade humana. Cumpre ressaltar que é de difícil conceituação, sendo mais fácil apontar as situações em que ela é afrontada. Fica-se aqui com a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, ressaltando o autor que se trata de um conceito em constante construção. Dignidade seria assim a

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>24</sup>

Dessa forma, ressalta o autor do texto transcrito que não haverá dignidade onde não houver respeito pela vida, pela integridade física e moral das pessoas, onde não forem asseguradas as condições mínimas de existência do ser humano, onde o poder não for limitado e controlado, “enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados”<sup>25</sup>.

Os direitos fundamentais são, portanto, a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, a sua forma de concretização, a sua manifestação na vida de cada um e da comunidade. A não realização dos direitos fundamentais revela a negação da dignidade da pessoa, na sua visão jurídico-constitucional. Além dos direitos fundamentais individuais, a exemplo da liberdade, da igualdade, da propriedade, relacionados no art. 5º da Constituição Federal, não se tem dúvida quanto a também exercerem essa função de concretização da dignidade da pessoa os direitos sociais, seja na sua dimensão defensiva, seja na sua dimensão positiva

23. STEINMETZ, Wilson. *ibid.*, loc. cit.

24. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 60.

25. *id.*, *ibid.*, p. 59.

ou prestacional. Eles constituem “exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”.<sup>26</sup> É nesse sentido que pode ser entendida a definição de “igual dignidade social”, formulada por Pietro Perlingieri quando afirma que ela é o instrumento que “confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”. Confere, assim, ao Estado, nas palavras do referido autor, o dever de “agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade”<sup>27</sup>.

Entre os princípios considerados de reforço à tese do reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tem-se o da solidariedade, anunciado no art. 3º da Constituição Federal quando o legislador constituinte estabelece como um dos objetivos do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, complementando o sentido desse objetivo com a finalidade de erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Os fundamentos e os objetivos traçados pelo legislador constituinte levam a que, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, a configuração do Estado Democrático de Direito do Brasil tenha por “fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social”<sup>28</sup>. Identifica-se, assim, esclarece a autora, “com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”<sup>29</sup>. O princípio da solidariedade, hoje absorvido pela ordem jurídica, tem origem na noção ética da fraternidade. O início de sua trajetória rumo à juridicização é marcado pelas declarações de direitos, em que se apregoava a fraternidade, mas tornou-se mais efetivo no séc. XX quando o individualismo, que permitiu os horrores das grandes guerras, foi substituído por uma nova forma das pessoas se relacionarem, baseada justamente na solidariedade social. Nasce, portanto, no sentimento íntimo do fazer o bem. Ora, o direito não pode impor sentimentos, mas pode impor ou estimular condutas de solidariedade, independentemente do sentimento do destinatário do dever.

26. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 92.

27. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

28. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003. p. 110.

29. id., *ibid.*, p.114.

Como imposição de conduta dessa natureza, pode-se citar o exemplo do 13º salário, cuja origem está no sentimento de caridade de alguns comerciantes que, imbuídos do sentimento natalino, ofereciam a seus empregados cestas de natal ou certa quantia em dinheiro. Pelo direito, essa liberalidade transformou-se em dever e extensivo a todos os trabalhadores. Como estímulo a condutas solidárias, tem-se a dedução no imposto de renda das doações feitas a instituições que prestam assistência a crianças e adolescentes.

O princípio da solidariedade indica que toda a sociedade está comprometida com o bem-estar social de cada um de seus membros. Esse bem-estar inclui o atendimento das necessidades básicas para uma existência digna. Tem como destinatário principal, mas não exclusivo, o Estado, exigindo dele

a garantia efetiva dos direitos fundamentais sociais, a promoção do bem-estar social geral das pessoas e a criação de mecanismos e incentivos de cooperação social e de ajuda mútua entre os particulares, isto é, o fomento da solidariedade nas relações horizontais. Em suma, o princípio da solidariedade exige do Estado ações positivas, normativas e fáticas em prol do bem-estar geral das pessoas.<sup>30</sup>

Afirma-se que o Estado não é o destinatário único desse princípio porque também os particulares estão por ele vinculados. Ressalta-se, de logo, que, tratando-se de princípio que está intimamente relacionado com a questão da responsabilidade social, são diversos os dispositivos constitucionais em que a sociedade ou grupos sociais são apontados como também realizadores de tarefas necessárias à concretização de objetivos estabelecidos pelo legislador constituinte. Como exemplo, verifique-se o quanto estabelecem os arts. 205, em relação à educação, e o 230, no que se refere ao amparo às pessoas idosas.

Ainda na dimensão objetiva do princípio da solidariedade, pode-se afirmar que ele irradia por todo o ordenamento jurídico. A interpretação ou compreensão e aplicação das normas passa pelo objetivo de concretização desse princípio, a par de todos os demais anunciados de forma expressa ou estabelecidos implicitamente no texto constitucional. Significa, assim, que, havendo conflito de direitos fundamentais, ao aplicar-se o postulado da proporcionalidade, especificamente o da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, deve considerar-se o princípio da solidariedade. Assim sendo, ao direito geral de liberdade da pessoa, no sentido de poder gerir a si mesma e o seu patrimônio na forma que melhor lhe aprouver, independentemente da situação do outro, passa a ser contraposto ou sopesado, com fundamento constitucional, “o dever de solidariedade social, não

30. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 119.

mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar, dentro de sua ampla autonomia”<sup>31</sup>.

Embora não seja um princípio estranho aos direitos fundamentais individuais, principalmente ao de liberdade, já que não há sociedade solidária onde não houver proteção da liberdade, a verdade é que o princípio da solidariedade está mais diretamente vinculado com os direitos sociais.

O caos social nascido do liberalismo e da industrialização, com o êxodo rural, a oferta de mão-de-obra excessiva, o trabalho barato e em condições de absoluta exploração, a disseminação de doenças, o aumento do contingente de miseráveis nas cidades, a organização dos partidos políticos, a divulgação e aceitação dos ideais socialistas levando a Igreja a temer a implantação de regimes políticos contrários ao quanto pregava, levaram o Estado a intervir, regulando as relações laborais para impedir os abusos e assumindo a tarefa de assistir aos que não mais podiam se sustentar. A noção de solidariedade aqui era voltada para o atendimento, pelo Estado, do necessitado, aquele que não podia mais cumprir a regra comum de cada um viver do seu trabalho. Era uma noção ainda meramente assistencialista, que foi evoluindo até integrar o conteúdo do que seja o Estado Social.

Ora, conforme esclarece Daniel Sarmiento, a partir do momento em que o Estado assumiu a função de promover o bem-estar social compreendeu-se que assegurar as condições básicas de vida, ou seja, aquele mínimo existencial já referido, “não era uma questão de caridade, mas de Direito. Esta nova concepção importou na assunção, pelo Estado, do dever primário de assegurar condições mínimas de vida para todos, através dos direitos sociais e econômicos”<sup>32</sup>. Nos termos esclarecidos por Maria Celina Bodin de Moraes,

a liberalidade é puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse.<sup>33</sup>

31. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178

32. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 337.

33. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003. p. 115.

O legislador constituinte, ao referir-se à solidariedade, não quis se referir a um “vago programa político” ou a “algum tipo de retoricismo”, estabelecendo antes

um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros toda da sociedade.<sup>34</sup>

Assim sendo, esclarece adiante a autora, aquele ato beneficente, fruto da caridade permanece como “uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação a não ser moral”. Todavia, o princípio da solidariedade constitucionalizado enseja um “dever de natureza jurídica”<sup>35</sup>. Adiante, volta a ressaltar que a Constituição Federal imputou ao Estado e a todos os membros da sociedade o “encargo de construir uma sociedade solidária”, o que implica ter agregado um novo valor. A solidariedade passou a ter natureza jurídica de dever, tornando-se “passível, portanto, de exigibilidade”<sup>36</sup>.

Essa solidariedade voltada para a pessoa é que permite, na verdade, que se seja um com todos e não apenas mais um no meio de todos. É o que leva a distinguir “uma sociedade de uma multidão”<sup>37</sup>. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, inspirada em G. Solari,

O direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade. O princípio da solidariedade, ao contrário, é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa

34. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2001. p. 169.

35. id., ibid., p. 174.

36. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2001. p. 189.

37. COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de E. Brandão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1995. p. 98. Maria Celina Bodin de Moraes estabelece um paralelo entre a norma e o ordenamento e o indivíduo e a sociedade. A seu ver, o homem é único e plural, por ser simultaneamente integrante da comunidade humana e possuidor de um destino singular. “Do mesmo modo que uma norma, para ser jurídica, não pode existir sozinha, porque o que a torna jurídica é, exatamente, o fato de pertencer a um ordenamento jurídico e não o contrário, como demonstrou Kelsen”. E justifica que “julgo interessante fazer tal paralelismo em razão da similitude das situações, no sentido de que a dedicação ao estudo da norma jurídica bem como o do homem enquanto indivíduo solitário provavelmente ofuscou, durante longo tempo, o verdadeiro objeto da pesquisa em ambos os campos: o ordenamento jurídico e seus problemas, decorrentes justamente da pluralidade de normas, na Ciência do Direito e a alteridade e seus deságios, em razão da coexistência necessária e constitutiva dos seres humanos, qualidade inafastável nos estudos das Ciências Humanas e Sociais, ainda quando se pretenda tratar apenas do indivíduo”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2001. p. 170).



humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.<sup>38</sup>

Conclui Wilson Steinmetz que diante dos fundamentos que indica não tem dúvida quanto a ser a vinculação dos particulares a direitos fundamentais “uma imposição ou exigência básica da Constituição Federal” e não uma “mera faculdade constitucional”<sup>39</sup>.

### 3.4. Vinculação direta e imediata

Por outro lado, quando se defende a vinculação imediata e direta dos particulares aos direitos fundamentais sociais do trabalho não se nega que cabe ao legislador regular os conflitos de direitos fundamentais em sentido amplo, estabelecendo as relações de precedência conforme resultem da verificação da necessidade da restrição, da sua adequação e da ponderação ou proporcionalidade propriamente dita. Agindo o legislador, o juiz só poderá deixar de aplicar a lei se ela se revelar inconstitucional, seja em caráter absoluto, seja na hipótese concreta posta nos autos. Conforme ressalta Wilson Steinmetz “se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democrático e da separação de poderes”<sup>40</sup>.

Mas, indaga-se, e se o legislador for omissivo? E se, como é justificável que ocorra, o legislador não tiver previsto a solução para aquela hipótese específica? Já se viu que não ofende o princípio da divisão dos poderes o juiz aplicar diretamente os preceitos constitucionais. Não há invasão de competências e sim cumprimento da Constituição.

Esse dever do juiz decorre exatamente da sua vinculação aos direitos fundamentais. Conforme ressalta J.J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais vinculam o legislador, determinando-lhe o dever de “estabelecer uma ordenação adequada das relações jurídicas privadas sob o ponto de vista dos direitos, liberdades e garantias”. Mas também conferem aos tribunais a responsabilidade de “encontrarem uma solução justa para os casos de conflitos de posições fundamentais”<sup>41</sup>.

38. id., *ibid.*, p. 179.

39. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

40. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 175.

41. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1274.

Aqui, há uma relação jurídica entre dois particulares que, ensejando conflito de direitos fundamentais, poderá vir a exigir uma solução do Estado, provocada pela iniciativa de um dos sujeitos, ou do próprio Estado no cumprimento de um dever público. O Estado pode antecipar-se e, mediante edição de norma, estabelecer a previsão da solução do conflito. Caso não o faça, deverá o juiz, provocado por um dos particulares ou pelo próprio Estado, através do Ministério Público, aplicar diretamente os direitos fundamentais, preservando o que, no caso concreto, revele maior peso.

Considerando que os direitos sociais têm como um de seus objetivos ensejar a todos iguais condições mínimas de dignidade a fim de poderem exercer de forma efetiva e consciente a sua liberdade, a vinculação dos particulares ao princípio da igualdade é de suma relevância, especificamente no que se refere à vedação da discriminação.

Em relação ao direito social do trabalho, não se pode negar que o Tribunal Superior do Trabalho, ao impedir que o empregador despedisse empregado portador do vírus da AIDS, conferindo-lhe uma estabilidade não prevista em lei, reconheceu, além da aplicação imediata do princípio da igualdade na sua faceta de proibição de ato discriminatório, a vinculação direta ao direito social da proteção do emprego, impedindo a perda de um direito social já conquistado<sup>42</sup>. Em seu voto, o Ministro Relator afirmou que

o repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.

Ressalta-se ainda a ação em que o Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu a tese do comprador de um imóvel que, tendo feito contrato de financiamento com instituição particular e vindo a ficar desempregado, propôs redução do valor da prestação, no que não foi aceite, vindo o banco a propor ação, visando a entrega do imóvel, oferecido como garantia do empréstimo. O tribunal entendeu que não havia má-fé dos réus e, considerando o direito de moradia, determinou a sua permanência no imóvel e a redução do valor da prestação, nos termos propostos<sup>43</sup>.

42. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 654496/00.1. DJ 11.02.2005 (<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>, acessado em 07.03.2005)

43. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 113.728.4/6. Relator Rodrigues de Carvalho, (<http://www.juris.tj.sp.gov.Br/2001/agosto/14082001/00383161.tif>, acessado em 12.12.2004).

São inúmeras as objeções que fazem os autores em relação à vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais sociais que impliquem prestação positiva. Wilson Steinmetz nega a vinculação. Admite o referido autor que o princípio da solidariedade não tem apenas o Estado como destinatário, vinculando também os particulares, mas de forma menos intensa. Classifica-a como fraca, pois caso contrário correr-se-ia o risco de ter o indivíduo colocado como mero instrumento da vontade do Estado ou da coletividade social, concluindo que a “funcionalização da pessoa é incompatível com o sentido e a finalidade do princípio da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais de liberdade”<sup>44</sup>.

Não se tem dúvida quanto a esse cuidado e quanto à diferença da intensidade da vinculação. Mas esse cuidado não autoriza a que se exclua de pronto a vinculação dos particulares ao conteúdo dos direitos fundamentais sociais, independentemente de intermediação normativa. Considerando a dimensão positiva ou prestacional dos direitos sociais, admite-se que a aplicação direta não deve ser afastada, de pronto, mas é revestida de cautelas. Reconhece-se, portanto, ser possível extrair de uma norma constitucional de direito social um direito subjetivo positivo a determinada prestação material tendo como destinatário um particular, sem que haja expressa previsão normativa nesse sentido.

Daniel Sarmento defende essa conclusão, respaldando-se no princípio da solidariedade. Entende que ele “pode fundamentar o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, ao sedimentar a idéia de que cada um de nós é também de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais”. Esclarece o autor que

a construção de uma sociedade solidária, tal como projetada pelo constituinte, pressupõe o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo, e a assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontrarem numa situação de maior vulnerabilidade.<sup>45</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes oferece exemplos de decisões dos tribunais que indicam alguma forma de determinação prestacional. Entre elas, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que determinada empresa foi obrigada a prestar assistência médica e hospitalar a empregada sua, que havia sido afastada por motivo de saúde. Nos termos da ementa transcrita “a

44. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 120.

45. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 339.

suspensão pela empresa/empregadora, colocou em risco a vida da empregada. A saúde é um direito social a todos garantido, como prevê o disposto no art. 6º da Carta da República”. Havia, assim, um vínculo entre os dois sujeitos de direito privado – relação de trabalho – e, por força de aplicação direta de um direito social material, a empresa foi obrigada a prestar assistência médica, apesar de inexistir lei que a tanto determine<sup>46</sup>.

Claus-Wilhem Canaris oferece um exemplo de decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, que critica, mas que pode ser interpretado como determinação de uma prestação positiva. Trata-se do caso de um rapaz, que laborava como aprendiz em uma determinada empresa que tinha como procedimento habitual contratar os que ali aprendiam um ofício. Todavia, em relação a esse rapaz, teve por bem não admiti-lo. Na Alemanha não existe lei alguma que obrigue qualquer empresa a contratar os seus aprendizes. O rapaz buscou a justiça, chegando o caso ao Tribunal Constitucional. Segundo alegou, a empresa teria deixado de contratá-lo por força de um artigo por ele escrito e publicado em um jornal, em que manifestava a sua opinião a respeito de usinas nucleares, tendo sido interpretado como instigador de violência. O Tribunal determinou a contratação, com base na liberdade de opinião, respaldando-se nos princípios de direito e de equidade. Entende-se que o Tribunal, na verdade, determinou a prestação de um direito social – o trabalho – sobrepondo-o à liberdade de contratar ou não da empresa, pois entendeu que a alegação referente à opinião manifestada em jornal não justificava a não contratação. Reprisa-se que não há lei na Alemanha, conforme informa o próprio Claus-Wilhem Canaris, que obrigue a contratação dos aprendizes como empregados<sup>47</sup>.

Veja-se um outro exemplo. Uma empresa que se instala em vilarejo, onde não funcionam serviços públicos de saúde, existindo apenas um centro hospitalar a cargo da iniciativa privada. Para poder funcionar, teve que arregimentar trabalhadores em locais distantes. Mas, vindo a adoecer algum de seus empregados, sem recursos financeiros, não está a empresa obrigada a prestar assistência médica? Se, para efeito de estimular a permanência dos empregados que treinou, viabilizar a vinda da família, pagando até as despesas necessárias à sua mudança para a região, não estará obrigada a fornecer moradia? A instalar uma escola?

46. id., ibid., p. 348.

47. CLAUS-WILHEM CANARIS, Claus-Wilhem. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 230.

Assim sendo, o problema central é a definição dos limites da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, o que só pode ser avaliado à luz do caso concreto e da ponderação dos valores jusfundamentais ali contrapostos. O que não é possível é, de pronto, negar a possibilidade da eficácia gerar direito a prestação.

Tem-se, pois, como certo que o direito ao trabalho vincula os particulares não apenas na sua dimensão negativa como também na sua dimensão positiva ou prestacional. Considerando a dimensão objetiva, exerce uma função irradiante, obriga a uma interpretação dos institutos de direito privado e dos negócios jurídicos, principalmente dos contratos, voltada para o objetivo de lhe atribuir a máxima efetividade possível, além de estabelecer o dever de proteção por parte dos órgãos públicos. Em relação à dimensão subjetiva gera direito subjetivo perante o Estado (dever de proteção) e perante outros particulares, admitindo-se ainda, o direito à prestação, com as cautelas necessárias, ou seja, atendendo-se ao postulado da proporcionalidade e de seus desdobramentos.

Relevante, a respeito, a transcrição do que já afirmava Pontes de Miranda a respeito dos direitos subjetivos sociais:

A existência de direito à subsistência, de direito ao trabalho, de direito à educação, de direito à assistência e de direito ao ideal, em textos, sem se lhes dar o caráter de direitos públicos subjetivos e a não existência de direitos públicos subjetivos àquelas prestações do Estado, provam que a construção que propomos é nova. Tais direitos seriam novos e toda a questão social gira em torno deles. A solução soviética, violenta, estabeleceu o fim revolucionário que pudesse garanti-los em sistema de reflexos do direito objetivo. Para a solução menos violenta, pareceu-nos (e continuamos convictos disso) que só a subjetivação pode satisfazer. A declaração deles, no Estado sem o fim revolucionário soviético e como simples reflexo do direito objetivo, constitui letra morta, enfeite doutrinal, sem qualquer realidade palpável.<sup>48</sup>

Juan Maria Bilbao Ubillos, citado por Wilson Steinmetz, afirma que a eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares é imediata, direta, sem mediações concretizadoras, já que se trata de direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, devendo impor-se ante violações procedentes de sujeitos privados<sup>49</sup>.

48. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. arts. 1-36. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947. p. 89. v. 1.

49. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 325. Apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.

#### **4. A LEITURA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DO TRABALHADOR EMPREGADO ASSEGURADOS NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

Nos termos já apontados neste artigo, a visão constitucional do direito do trabalho estabelecida pela Constituição de 1988 impõe uma releitura dos textos normativos até então vigentes e uma leitura sistêmica do quanto por ela própria definido. Diversas situações assim o exigem, a exemplo da definição do foro de competência de forma a assegurar o direito de acesso à Justiça, a obrigatoriedade da empresa assumir o empregado que, embora não tenha condições físicas de trabalho, por força de problemas de saúde, não é acolhido pelo órgão previdenciário, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, a responsabilidade objetiva de algumas empresas em face da sua atividade, entre outros. Algumas situações merecem destaque especial. Veja-se.

##### **A) Prescrição quinquenal**

Nos termos do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal, cabe reclamar parcelas de natureza trabalhista no prazo de dois anos a partir do término da relação de emprego ou de cinco anos no curso de sua vigência. O legislador da Carta Magna, ao fixar prazo a transcorrer no curso da relação de emprego, quis evitar a insegurança gerada pela possibilidade de ser proposta uma ação contra determinado empregador muito tempo após ter sido cometida a irregularidade, já que o trabalhador podia acioná-lo até dois anos após o término da relação de emprego. Se esta tivesse longa vigência, o prazo prescricional seria excessivamente longo. Tentou harmonizar dois princípios – de proteção ao empregado e de segurança jurídica da sociedade. Conforme estabelece Alfredo J. Ruprecht:

Tem-se sustentado que a prescrição é um instituto que vai contra o Direito Trabalhista ao permitir a extinção de direitos irrenunciáveis para os trabalhadores. Na realidade, chocam-se dois princípios fundamentais: da parte trabalhista, a irrenunciabilidade dos direitos e, do ponto de vista do Direito em geral, a segurança jurídica<sup>50</sup>.

Todavia, o prazo de prescrição com curso na vigência do contrato foi fixado dentro de um contexto jurídico, dentro de uma sistemática estabelecida no próprio texto constitucional, onde estava incluída a proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I)<sup>51</sup>. A intenção do legislador era

50. Ruprecht, Alfredo J, *Os princípios do Direito do Trabalho*. LTr; São Paulo, 1995.

51. Constituição Federal, art. 7º, inciso I: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que reverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

no sentido de que o empregado não pudesse ser despedido a não ser que cometesse falta grave ou que o seu empregador justificasse a necessidade de fazê-lo, admitindo-se a de natureza econômica – imperiosa exigência de contenção de gastos – e técnica – modificação da forma de produção, exigindo empregados com outras qualificações.

Quando no referido inciso fez menção a “nos termos de lei complementar”, não era para ser esta a garantir o emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Era para que esta dissesse como poderia ser a despedida e fixasse a indenização. O emprego já estava protegido. A lei seria para dizer quais as hipóteses em que seria admissível a despedida e como ela se processaria. Com a efetividade dessa proteção, o empregado teria a segurança de preservação do posto de trabalho mesmo que viesse à Justiça laboral pleitear direitos que estavam sendo negados pelo seu empregador.

Entretanto, o dispositivo referente à proteção do emprego tornou-se letra morta ou, melhor, moribunda. Existe ainda quem defenda que o direito de despedir do empregador é potestativo. Ora, enquanto perdurar o entendimento que esvazia a proteção do emprego não há como aplicar-se a prescrição quinquenal, pois, com exceção das grandes empresas – muitas delas alimentam o seu quadro de servidores em concursos, como ocorre com instituições financeiras –, todo aquele empregado que acionasse o seu empregador estaria despedido no dia imediato ao do recebimento da notificação. Por conseguinte, a prescrição quinquenal impõe ao empregado a necessidade de optar entre ou manter o emprego ou pleitear as parcelas que entende serem devidas. Optar pelo emprego impõe renúncia a direitos. O nosso sistema jurídico não admite a renúncia a direito indisponível, como o referente ao pagamento de salário, que inclui horas extras, por exemplo. Não admite sequer transação de direitos que sejam absolutamente indisponíveis, abrindo expressa e exaustivamente exceções no próprio texto constitucional, como ocorre em relação à irredutibilidade de salário.

Neste mesmo sentido defende Jorge Luiz Souto Maior, em tese apresentada no XIV CONAMAT, denominada

Prescrição de créditos trabalhistas: interpretação sistemática. O inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, pertinente à prescrição quinquenal, tem sua eficácia condicionada à regulamentação do inciso I, do mesmo art. 7º, ou à generalização jurisprudencial de sua eficácia plena, no tocante à proteção contra a dispensa arbitrária.

Na justificativa da sua tese, o autor mencionado lembra que este entendimento está em harmonia com o quanto estabelece o Código Civil em seu art. 197 que

impede o curso da prescrição em situações em que existe relação de dependência.<sup>52</sup>  
Esclarece o Autor

Na relação de emprego sem proteção contra dispensa arbitrária forma-se uma situação de dependência que impede o curso da prescrição. O constituinte ao fixar o lapso prescricional no inciso XXIX não imaginava a falta de regulamentação do inciso I, que prevê, exatamente, a proteção contra a dispensa arbitrária.

Américo Plá Rodrigues afirma não ter dúvida quanto à impossibilidade do exercício da manifestação de vontade quando há uma relação de subordinação. Afirma que *“só em uma visão estéril dos aspectos sociais e econômicos do contrato de trabalho é possível sustentar que a subordinação inerente à relação não implica um estado de sujeição que interdita a vontade”*.<sup>53</sup>

Parte-se do princípio de que o prazo prescricional deve ter início a partir de quando corre a lesão desde que o titular do direito afetado esteja apto a pleiteá-lo junto ao Estado. Todavia, se ele está numa relação de dependência em relação àquele de quem deverá cobrar a obrigação correspondente, não está apto a exigir o que não foi espontaneamente pago ou entregue.

Não queira dizer-se que não há uma relação de dependência na relação de emprego. Enquanto o emprego não for protegido da despedida arbitrária ou sem justa causa, o empregado fica à mercê do seu empregador, temendo dia a dia a despedida, mesmo quando realiza o labor para o qual foi contratado. Raramente terá coragem para enfrentar o risco do desemprego para receber o que lhe foi negado. Por isso, defende Américo Plá Rodrigues, a prescrição deve ser interpretada com critério restritivo, ou seja,

admitir-se o menos possível e estritamente dentro dos limites indispensáveis. Este critério restritivo tem justamente como consequência, em matéria de prescrição, que as causas de suspensão ou de interrupção sejam interpretadas ampliativamente<sup>54</sup>.

Insiste que se leve em consideração a *“realidade que leva a que muitas vezes o trabalhador tenha dificuldades para exercer judicialmente seus direitos, enquanto subsiste o estado de subordinação derivado da relação de trabalho”*. E conclui o autor: *“Por tal motivo a doutrina aconselha que o começo do prazo se estabeleça a partir do momento em que o trabalhador tenha deixado de*

52. Art. 197 do Código Civil: Não corre a prescrição: I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

53. Rodrigues, Américo Plá, *Princípios de direito do Trabalho*. LTr:São Paulo, 1993.

54. Rodrigues, Américo Plá, *Princípios de direito do Trabalho*. LTr:São Paulo, 1993



*trabalhar. Na maioria dos casos, o trabalhador teme que a interposição judicial da reclamação signifique arriscar seu posto*". Citando Juan Hinojosa: "*não se pode dizer que o operário é plenamente livre para acionar o patrão até que se rompa definitivamente o vínculo contratual que o liga a ele*".

Assim sendo, considerando que o prazo prescricional tem início sempre que há lesão ao direito e a partir do momento em que o titular do direito está apto a reivindicá-lo de quem o deve; considerando que a relação de emprego, se não protegida contra a despedida arbitrária e sem justa causa, estabelece uma relação de dependência que impede o pleno exercício da manifestação de vontade; considerando que o prazo prescricional definido na Constituição Federal tem como premissa a proteção do emprego definida no inciso I do art. 7º; considerando que a este direito não foi ainda conferida a devida eficácia; conclui-se pela inconstitucionalidade da incidência da prescrição quinquenal no curso da relação de emprego, salvo em situações excepcionais de garantia do emprego, assegurada na legislação interna da empresa ou em norma coletiva.

## **B) Definição da competência territorial**

A leitura do art. 651 da CLT<sup>55</sup>, que define a competência das Varas do Trabalho para conhecimento e julgamento das ações deve ser feita em conformidade ao texto constitucional. Nos termos definidos no *caput* do art. 651, *caput*, da CLT, é o local da prestação de serviços o parâmetro de definição da competência territorial das Varas do Trabalho.

Entendem alguns doutrinadores que a aparente contradição entre o *caput* e o §3º desse dispositivo deve ser dirimida mediante a compreensão de que este último tem aplicação na hipótese da prestação de serviços ocorrer em diversos locais, a exemplo dos empregados de companhias de circo ou de teatro mambembe. Assim defende Valentim Carrion: *a opção do empregado só pode ser entendida nas raras hipóteses em que o empregador desenvolve seu trabalho em locais incertos*,

55. Art. 651 – A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro. § 1º – Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima. § 2º – A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispendo em contrário. § 3º – Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

*eventuais ou transitórios, como é o caso das atividades circenses, artísticas, feiras, exposições, promoções etc.*<sup>56</sup>

Todavia, considerando-se o princípio do livre acesso à Justiça, acredita-se que a melhor leitura dessa possibilidade de escolha seja entender que, em face da probabilidade de ser difícil o retorno ao lugar onde trabalhou, se permite que o empregado opte por reclamar ou no próprio local da prestação de serviços ou no local da contratação. Acrescenta-se, ainda, que pode a reclamação correr no foro do seu domicílio.

Há, pois, que justificar estas duas hipóteses – local da contratação ou domicílio. A solução passa pela necessidade de refletir a respeito do caráter absoluto da definitividade das regras, principalmente quando se trata de dispositivo que pode ser afastado pela vontade das partes, ou seja, que não envolve princípio de ordem pública, salvo se o acordo entre elas implicar ofensa a princípio considerado fundamental. É certo que as regras apresentam um caráter de definitividade. Mas não é ele absoluto. Pode-se afirmar que, em princípio, se não prevalecerem as razões de incidência da regra, ainda que temperada com cláusula de exceção, é porque essa norma não é válida, não devendo permanecer no ordenamento jurídico. Afirma Robert Alexy que

Totalmente diferente é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir à sua invalidade; mas, se tal não for o caso, então vale definitivamente o que a regra diz.<sup>57</sup>

Mas esse critério não é absoluto. Nele não se enquadram as hipóteses da denominada inconstitucionalidade material ou específica, expressão que se prefere por identificar de forma clara o caráter excepcional da inconstitucionalidade. Não se pode desconsiderar a possibilidade de incidência da regra e de sua não aplicação, por gerar uma situação de inconstitucionalidade. A regra é válida, é constitucional em tese, opera-se a sua incidência, mas naquela hipótese específica gera uma situação que ofende a Carta Magna, sendo afastada a sua aplicação, sem que deva ser excluída do ordenamento jurídico por ser contrária à Constituição, ou seja, mantém-se inteiramente válida sem qualquer restrição. Ainda que se entenda que, na verdade, não foi a regra que deixou de ser aplicada e sim que foi afastado

56. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.510 e seguintes.

57. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 99

o princípio que a fundamenta, o que se verifica é a permanência da regra como válida no ordenamento jurídico<sup>58</sup>.

Todas as situações descritas na nota são exemplos do afastamento, no caso concreto, da aplicação de regra válida, seja por gerar uma situação de

58. A tese da inconstitucionalidade material ou específica foi defendida pelo Ministro Carlos Thompson Flores, no voto de relator, em recurso extraordinário interposto por segurado do então Instituto Nacional de Previdência Social contra essa autarquia, em que se discutia a constitucionalidade, ou não, da exigência feita pelo Decreto-Lei nº 893/69, no sentido de ser condição processual a prova da exaustão da via administrativa. Segundo o recorrente, a exigência feria o princípio constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário. A regra foi considerada válida, mas, considerando o despreparo administrativo da autarquia para pronto atendimento às demandas administrativas, concluiu o relator que a exigência, no caso, tornou-se inconstitucional. A lei foi mantida e não houve necessidade de ser interpretada de forma restritiva; apenas se concluiu pela inconstitucionalidade *in casu* da exigência em face do despreparo do órgão administrativo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal RE 72071, publicado em 13.10.1971, Relator o Ministro Carlos Thompson Flores). Na decisão recorrida, argumentou-se que o referido requisito não excluía a possibilidade do exame da questão pelo judiciário, tendo apenas condicionado o acesso ao término do processo administrativo, momento em que nasceria o direito de ação. Só com o encerramento da via administrativa haveria uma decisão definitiva do Instituto Previdenciário, capaz de configurar a lesão do direito a ser levada a juízo. Nesse sentido, ou seja, pela constitucionalidade da exigência da exaustão da via administrativa, já havia se pronunciado anteriormente o Supremo Tribunal Federal. O que trouxe, então, de diferente a situação posta naquela ação? Admitiu o Ministro Relator que o dispositivo do decreto-lei apontado era constitucional, não atingia qualquer um dos direitos e garantias individuais, nomeadamente, o de não ser excluída da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Sendo a regra válida, deveria ser mantida no ordenamento jurídico, como o foi, e deveria ser aplicada em qualquer situação sem necessidade de nela ser inserida cláusula de exceção. Todavia, o relator entendeu que, naquela situação específica, houve ofensa ao princípio constitucional. Constatou que o INSS não tinha a sua estrutura e funcionamento adequados à exigência legal. O apelo administrativo deixou de ser facultativo, passando a ser compulsório, como condição *sine qua non* ao acesso a Justiça. Todavia, a Previdência não se preparou para o número de processos que teria que resolver em sua instância. Apenas conseguiu realizar inspeção em cerca de duzentas e treze mil das oitocentas e noventa mil empresas, ou seja, em apenas, aproximadamente, 24% das empresas envolvidas em acidentes de trabalho, procedimento necessário à decisão do cabimento ou não da indenização pleiteada. Em 1990, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade das medidas que integraram o denominado Plano Collor, considerou que a proibição de concessão de liminares, em tese, não afrontava a Carta Magna, mas que caberia aos juízes, à vista do caso concreto, verificar se ali, a depender das circunstâncias constatadas, não poderia ser gerada uma situação de inconstitucionalidade, hipótese em que não poderia prevalecer a proibição. Entenderam os Ministros da Corte Suprema que o indeferimento do pedido da suspensão da medida proibitiva não impedia que houvesse o exame judicial da constitucionalidade em cada caso concreto, fazendo cada juiz uso da sua competência difusa de controle da constitucionalidade, conforme autorizado pelo sistema brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN 223-6. Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 29.06.1990). Em decisão mais recente, o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, afastou a aplicação da norma uma vez que ela ensejaria situação de ofensa ao princípio da equidade. Trata-se da aplicação da regra do Código Penal (art. 213) em que se presume a violência, e, portanto, o estupro, nas relações sexuais mantidas com menor de quatorze anos. A Suprema Corte, por seu Relator, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a presunção estabelecida em lei não poderia prevalecer, em face do comportamento precoce da alegada vítima, que na época do fato contava doze anos, tendo o acusado vinte e quatro anos. Afastou, assim, a aplicação da regra, não por ter gerado uma situação de inconstitucionalidade direta e sim em razão de ofensa ao princípio da equidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal). Nesse exemplo, houve a relação sexual com uma menor de quatorze anos, sendo o acusado maior de idade. Logo a norma incidiu. Todavia, não gera a sua consequência, configuração do estupro e condenação à pena prevista para esse crime em face das circunstâncias específicas do caso.

inconstitucionalidade direta, seja por implicar ofensa a princípio geral do direito. A regra é mantida no ordenamento jurídico sem expressa cláusula de restrição, mas não é aplicada na situação concreta por ser factualmente inconstitucional ou ofensora de princípios. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, são exemplos de *incidências inválidas de regras válidas em abstrato*.<sup>59</sup> Prefere-se, no entanto, afirmar que houve a incidência da regra, mas que não é ela aplicada porque a sua aplicação é que seria inconstitucional. Assim sendo, *a consequência estabelecida prima facie pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra*.<sup>60</sup>

Não se pode, assim, desprezar a possibilidade de prevalecerem os princípios em relação às regras ou de ser feita a ponderação de regras, por se tornarem conflitantes ao incidirem sobre determinado conjunto de fatos, hipótese em que uma delas deverá ser afastada sem que isso implique desobediência ao legislador e sem que haja necessidade de nela ser inserida cláusula de exceção – cujo caráter de definitividade e de universalidade não se coaduna com a transitoriedade e especificidade do caso concreto –, como condição de assegurar a sua validade e permanência no ordenamento jurídico.

É exatamente essa a situação posta na hipótese que ora se analisa referente à definição do foro de competência territorial. O empregado, no cumprimento literal do quanto dispõe a CLT, para exercer o seu direito de ação, teria que viajar para cidade diversa daquela em que é domiciliado, cujo deslocamento implica despesa para ele e suas testemunhas, custo esse capaz de inviabilizar a busca da Justiça, considerando a condição de desempregado.

Era o quanto poderia ocorrer na hipótese de se acolher a leitura restrita da CLT, sem a interpretação sistemática, que obriga necessariamente a leitura do texto constitucional. Está ali garantido o direito de ter acesso livre ao Poder Judiciário. Liberdade de acessar não é apenas disponibilizar a máquina estatal para esse fim – servidores, juízes, equipamentos etc. É também garantir que aquele que se sente lesado possa ir ao juiz dizer do direito que acredita ser seu. Não basta a liberdade. É preciso que se tenha condições de exercer essa liberdade. Somente assim existe liberdade real. Caso contrário, temos a liberdade apenas no campo

59. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003. p. 92.

60. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

do ideal a ser eternamente perseguido, mas nunca concretizado. Exigir que o trabalhador, possivelmente desempregado, se desloque uma, duas ou mais vezes para uma cidade que não é a do seu domicílio, pode ser impedir que ele tenha acesso ao Poder Judiciário.

É possível que este entendimento esteja em consonância com a intenção do legislador ao editar o art. 651 da CLT, pois todo o seu texto revela uma preocupação com o acesso do empregado à Justiça do Trabalho. Não chegou ele a abranger situação como a aqui posta, pois à época não era comum, como é hoje, a prática de acorrerem para qualquer emprego operários trabalhadores de todos os cantos do Brasil. Esta previsão já restou revelada no Código de Processo Civil, quando o legislador estabeleceu a competência do domicílio do Autor ou do local do fato nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículo (art. 100, parágrafo único). No Código de Defesa do Consumidor, destinado a regular relações que se assemelham às do trabalho, por trazerem em si, na maioria das situações, confronto entre economicamente desiguais, definiu-se, no art. 101, a possibilidade de ser promovida a ação no domicílio do Autor na hipótese de reparação de danos causados pelo fornecedor de produtos e serviços.

Assim sendo, considerando que a competência territorial é prorrogável pela vontade das partes; que o caráter de definitividade das regras não é absoluto; que os efeitos da incidência da regra devem ser afastados sempre que dela decorrer situação de inconstitucionalidade; que o princípio do livre acesso ao Judiciário implica existência de condições do efetivo exercício da liberdade de ir ao Juiz; que obrigar o trabalhador a deslocar-se para a cidade onde prestou serviços, que não é a da contratação ou que não é a do seu domicílio pode implicar, pelo esforço físico e econômico, inviabilização do direito de reclamar, inatingível, independentemente do mérito do quanto se quer pleitear; que há previsão no §3º do art. 651 da CLT da possibilidade de reclamar no local da contratação e em outros diplomas legais há previsão de fixação da competência no domicílio do Autor em ações que envolverem a reparação de danos; deve-se afastar, em situações concretas, específicas, efeitos da incidência da regra definida no caput do art. 651 da CLT, por inconstitucionalidade específica ou material, reconhecendo que cabe ao autor a escolha do foro da ação, optando entre o local da prestação de serviços, o da contratação ou o do seu domicílio.

### **C) Revista pessoal**

São inúmeras as ações em que os empregados buscam receber indenização pelo fato de serem submetidos a constrangimento moral, pois têm os seus pertences revistados sempre que encerram o seu horário de labor e saem da empresa. Via de

regra, os empregadores justificam o procedimento adotado, na necessidade de ser protegido o seu patrimônio, o que é constitucionalmente assegurado. Buscam até utilização de mecanismos que impedem o toque pessoal, a exemplo do detector de metais ou de materiais utilizados em sua produção, comparando o procedimento adotado à ação policial nas revistas feitas nos transportes coletivos, incluindo ônibus e aviões.

Ora, são situações diferentes, a revista feita pela autoridade policial em transporte público e a realizada no âmbito da empresa. Nos ônibus ou nos aeroportos, o objetivo é, precipuamente, a proteção da vida dos que estão utilizando esse meio de transporte. Justifica-se, portanto, a invasão da privacidade, a pressuposição de que o cidadão é um possível delinqüente, em face de um valor maior que é a proteção da vida de todos os demais. De igual modo, justifica-se o procedimento nos laboratórios onde há produção de medicamentos controlados pela vigilância sanitária. Não estando em questão a proteção à vida ou à saúde, não se pode presumir que cada um dos trabalhadores seja capaz de furto, com respaldo na necessidade da segurança patrimonial da empresa, na proteção ao direito de propriedade. O simples fato de passar por essa revista já causa constrangimento a quem se sabe honesto e incapaz de praticar um furto. É ter que dizer a seu filho, por exemplo, que é submetido a esse procedimento porque existe a suspeita de ato criminoso. Entre a dignidade da pessoa e a segurança do patrimônio, prevalece a primeira.

#### **D) Banco de horas**

O sistema de compensação autorizado pela Lei nº 9601/98, que alterou a redação do art. 59 da CLT, deve ser interpretado em conformidade com o quanto disposto no texto constitucional. Não se tem dúvida quanto a ter o legislador constituinte autorizado o sistema de compensação de horas. Todavia, essa autorização não implica poderem as partes – empregadores e sindicatos representativos – ou o legislador estabelecer livremente as condições dessa compensação. Ela deve obedecer aos parâmetros constitucionais, definidos pelos princípios ali acolhidos, principalmente no que se refere à preservação da dignidade da pessoa do trabalhador.

Esses limites aplicam-se também à autonomia sindical. A negociação coletiva dos interesses envolvidos nas relações de trabalho está acolhida na Carta Magna e a ela foi atribuída especial legitimidade, no que se refere à definição do conteúdo das exceções expressamente autorizadas em seus dispositivos. Entretanto, não pode o sindicato atuar em desacordo com os princípios constitucionais.

Entre eles, a dignidade do trabalhador que envolve a elevação e a preservação da sua qualidade de vida, tanto no que se refere à sua integridade física, como

também à sua condição moral como pessoa integrada na sociedade e na família. Além do mais, o legislador constituinte estabeleceu, como um dos princípios constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, incluindo os sociais, a vedação do retrocesso, ou seja, a proibição da perda de direitos sem que seja devidamente compensada.

A atuação do legislador infraconstitucional e do sindicato não pode afetar esse padrão mínimo estabelecido na Constituição Federal de 1988. Ali assegurou-se a jornada de oito horas e a carga horária máxima semanal de quarenta e quatro horas. Essa limitação tem como base os estudos feitos no sentido de que maior carga de trabalho afeta a saúde do empregado, a sua segurança, expondo-o a acidentes de trabalho e a doenças profissionais, além de excluí-lo injustificadamente do imprescindível convívio familiar e social.

O banco de horas, ao admitir a realização de trabalhos extraordinários de forma regular, com compensação dentro de um prazo superior a uma semana, expõe o empregado à obrigatoriedade de submeter-se constantemente a horas extras, tornando normal o que deveria ser excepcional. O empregado, cansado pelo excesso de trabalho em um dia, ao invés de descansar no espaço de uma semana, poderá só vir a fazê-lo no prazo de um ano. Embora sem se posicionar em relação à adequação constitucional do dispositivo em análise, Luciano Martinez afirma que o banco de horas

é um instituto singular que cumula o que de pior existe nos mencionados sistemas (compensação e prorrogação). Por meio dele se cumula a exigibilidade de prestação de horas suplementares sem prévio aviso e sem qualquer pagamento com a imprevisibilidade dos instantes de concessão das folgas compensatórias<sup>61</sup>.

Ressalta em seguida que se atribui ao empregador o poder de exigir a prestação de jornada suplementar sem gerar retribuição de qualquer natureza. As horas extraordinárias devem ser lançadas num banco *e ali acumuladas com o fim especial de, num futuro definido exclusivamente pelo empregador, serem trocadas por folgas compensatórias*.

Mais incisivo no sentido do quanto aqui se defende, o Desembargador Nilson Sepúlveda, posicionou-se no sentido de que a compensação permitida pela Constituição Federal, em dispositivo de redação clara, não pode alterar “*o limite inexpugnável da jornada do trabalhador*”<sup>62</sup>. A seu ver, e entende-se como ele, o que o texto da Carta Magna permite, no máximo, é a compensação de horários que

61. MARTINEZ, Luciano, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2010

62. SEPULVEDA, Nilson, Revista LTr 65-02/148

não ultrapasse a quantidade máxima de horas semanais de labor que ela própria determina, ou seja, quarenta e quatro horas. Se assim não for entendido, na verdade o legislador constitucional em nada inovou, pois vai permitir que prossiga a banalização do trabalho extraordinário, viabilizada pelo sistema vigente até então.

Observa-se, ainda, que a Constituição Federal estabeleceu como padrão temporal do salário o mês. Significa isso que o trabalho do empregado deverá ser pago no prazo máximo de trinta dias. Ora, o sistema aqui analisado, se aplicado de forma literal, permite que o trabalho prestado hoje venha a ser pago mediante compensação ou monetariamente depois de decorrido período superior a trinta dias, com a agravante de se tratar de trabalho extraordinário, realizado após a jornada normal.

Além do mais, o legislador constitucional estabeleceu que a jornada extra, por ser mais cansativa, deve ser paga com valor superior ao da jornada normal, determinando o acréscimo mínimo de 50%. Não pode deixar de ofender a Constituição Federal um sistema que permite que as horas extras sejam pagas mediante compensação sem o acréscimo apontado, ou seja, para cada hora extra deveria ter-se no mínimo uma hora e meia de folga.

O legislador infraconstitucional não pode, sem ferir a Constituição, alterar o período de compensação nem permitir o pagamento de serviço extraordinário com acréscimo inferior a 50%. Há, pois, que fazer uma releitura do sistema de compensação de horas autorizado no art. 59, §2º e 3º da CLT, comumente denominado banco de horas. A sua prática tem evidenciado que apenas o empregador é beneficiado por esse artifício, já que se livra de pagar o adicional de horas extras, bem como sua inclusão em repouso remunerado, 13º salário, férias, FGTS, reduzindo, de forma inconstitucional, os custos de seus produtos. A sua adoção não foi capaz de atingir a finalidade propagada de combate ao desemprego, traduzindo, antes, um retrocesso histórico no Direito do Trabalho. Em sentido similar defende Maurício Godinho Delgado:

A pactuação de horas complementares à jornada padrão, que extenua o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses, cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de saúde, higiene e segurança no trabalho, em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7º, XXII, da Carta Magna.

E, adiante acrescenta:

Sob esta ótica, portanto, o critério inaugurado em 1998, no Brasil (compensação anual), teria ultrapassado a fronteira máxima compatível com a Carta da República (compensação intersemanal, respeitado o mês), por instituir mecanismo que amplia (em vez de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho. Para esta linha



reflexiva, norma jurídica estatal que tenha vindo ampliar (em vez de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho é norma jurídica que desrespeita comando constitucional expresso (art. 7º, XXII, CF/88)<sup>63</sup>

Nesse mesmo sentido defende Jorge Luiz Souto Maior, em seu artigo intitulado:

O banco de horas, em absoluto, pode ser considerado constitucional, na medida em que permite que uma dívida trabalhista (o pagamento da hora extra) se pague com prazo de um ano e sem o respectivo adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar nos efeitos perversos que esta incerteza de horários provoca no cotidiano dos trabalhadores. É evidente que o propósito da lei, de preservar os empregos em épocas sazonais, só poderia se concretizar com a fixação da regra de que primeiro se concedessem as folgas, para que depois estas se compensassem com horas extras, preservando-se sempre a diferença quantitativa entre a hora normal e a hora extra<sup>64</sup>.

Consequentemente, com base na releitura que aqui se defende são consideradas extraordinárias todas as horas laboradas após a oitava por jornada ou quadragésima quarta por semana. As folgas concedidas após o intervalo de uma semana devem ser consideradas ausências permitidas pelo empregador, não compensando serviço extraordinário. As horas extras quantificadas, não compensadas no interregno de uma semana e que não tenham sido pagas, devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50%.

### E) Relação doméstica

A Constituição de um país, e especificamente, a do Brasil, estabelece princípios que norteiam a permanência no ordenamento jurídico da legislação infraconstitucional e a interpretação de todos os diplomas legais. São evitados de inconstitucionalidade os textos legais ou a leitura que deles se faça que possam se contrapor à Constituição. Na hipótese de haver confronto entre princípios, deverá ser feita a ponderação dos valores envolvidos, optando-se, justificadamente, por aquele que, na situação específica, melhor atender ao interesse social.

Feita esta introdução, é necessário que se analise a situação dos empregados domésticos. O art. 5º da Carta Magna estabelece que todos são iguais perante a lei. Entre outros aspectos abrangidos pelo princípio da igualdade, tem-se aquele que assegura que a todos os que se encontram em igual situação seja atribuído igual tratamento jurídico, sendo inconstitucional lei ou interpretação que,

63. DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 4 ed., São Paulo: LTr, 2005

64. MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior, Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho, publicado no *Juris Síntese* nº 55 – set/out de 2005

injustificadamente, assim não proceda. Por conseguinte, todos os trabalhadores devem ser alvo dos mesmos direitos e deveres, com exceção daqueles que o próprio constituinte excepcionou ou que o legislador exclui, considerando as especificidades do labor desenvolvido que tornam inviável a sua concessão.

Assim sendo, nos termos da Constituição Federal de 1988, todos os trabalhadores têm assegurados os direitos que especifica, além de outros que visem à melhoria da sua condição social. Ao referir-se aos empregados domésticos, estende-lhes de forma específica o direito ao salário mínimo, à irredutibilidade do salário, ao 13º salário, ao repouso semanal, às férias, à licença gestante, à licença paternidade, ao aviso prévio e à aposentadoria.

Essa menção expressa não significa que os domésticos não tenham assegurados outros direitos que não sejam aqueles. Significa, sim, que o legislador constituinte quis mencionar expressamente os que lhes vinham sendo negados de forma injustificada, já que a natureza de suas atividades não impedia a sua concessão.

Ao excluir direitos especificados no próprio art. 7º fê-lo em razão da natureza das atividades. Assim, a convivência íntima do trabalhador doméstico torna inviável a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Direitos previstos no art. 7º e aos quais o parágrafo único não faz menção, não devem ter a sua exclusão aceita, reconhecendo-se a sua existência com base em outros princípios. Desta forma, a proteção ao menor impede que seja legal o trabalho do empregado doméstico com idade inferior a dezesseis anos, apesar do parágrafo único não ter feito menção expressa ao inciso XXXIII, omissão hoje já sanada pela legislação infraconstitucional. O princípio do acesso ao Poder Judiciário impede que a não menção expressa ao inciso XXIX não possa ser traduzida como negativa do direito de ação do empregado doméstico visando o recebimento de parcelas decorrentes da relação de trabalho. Da mesma forma, vindo os empregadores e empregados domésticos a organizarem-se em sindicato, não se tem dúvida quanto ao direito a serem respeitadas as normas coletivas, a despeito da não menção expressa ao inciso XXVI. O princípio do respeito à vida, decorrente do princípio da dignidade da pessoa, impede que os empregados domésticos sejam excluídos do direito à redução dos riscos do seu trabalho, mediante o atendimento de normas de saúde, higiene e segurança, a despeito do parágrafo único não fazer menção ao inciso XXII. O referido parágrafo não faz referência ao inciso X, mas o princípio que impede a prestação gratuita de trabalho, salvo por ato voluntário, impede que se afaste o empregado doméstico da garantia do recebimento do salário, configurando crime a sua retenção dolosa.

No que se refere às restrições de direitos ao empregado doméstico que vinham sendo feitas pela legislação infraconstitucional, não tenho dúvida quanto à sua inconstitucionalidade, salvo quando decorrerem da própria natureza da atividade. A atividade doméstica não justificava até recentemente a exclusão do empregado que a executa do direito ao feriado e ao recebimento em dobro do trabalho realizado nesse dia.

Indaga-se, ainda: qual a justificativa para não serem asseguradas à rescisão do contrato de emprego do doméstico as mesmas medidas de proteção que são garantidas ao rompimento dos demais contratos laborais? É certo que a natureza da atividade impede que o empregador mantenha a seu serviço pessoa que não mereça mais a sua confiança ou com a qual não consiga manter uma relação de cordialidade. A relação assemelha-se, aqui, à que se estabelece com quem exerce cargo de confiança. Mas esta circunstância não autoriza que sejam negados ao empregado doméstico os mesmos direitos e medidas de proteção que são assegurados aos empregados integrantes de outras categorias profissionais. Por isso, a sua demissão, que implica, no mínimo, perda do direito ao recebimento do aviso prévio, deve ser acompanhada por representante do Estado<sup>65</sup>. Da mesma forma, o não cumprimento das obrigações por parte do empregador implica incidência de dispositivo punitivo. Qual a justificativa para que o empregador doméstico possa deixar de pagar a multa prevista no art. 477 quando não entrega as parcelas rescisórias? Comete ilícito e não sofre qualquer penalidade? Ou não é ilícito o não pagamento das parcelas rescisórias ao empregado doméstico? E esse mesmo fato é ilícito quando se refere a outro tipo de empregado?

A interpretação que assim autoriza é discriminatória, afrontando o princípio da igualdade, não podendo prevalecer. É discriminatória, pois respaldada em entendimento de serem diferentes dos demais trabalhadores os que se ocupam de atividades domésticas, em nítida revelação de resquício escravagista.

#### **F) Despedida por justa causa. Acusação de falta grave cometida pelo empregado**

A relação de emprego decorre de contrato de trabalho firmado entre aquele que presta o serviço sob a direção de outrem, que dele se beneficia, em troca do pagamento de um salário. Assim sendo, a despedida por justa causa é a consequência

65. Diz-se “no mínimo” uma vez que sendo já previsto, embora de forma não obrigatória, o recolhimento de depósitos de FGTS, a demissão pode implicar perda do direito ao levantamento desses depósitos, da indenização de 40% sobre esse valor e do recebimento do benefício do seguro desemprego.

do não cumprimento ou ofensa grave às cláusulas contratuais. Por conseguinte, só pode haver o rompimento justificado se precedido de processo em que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a serem assegurados em todos os processos estatais, seja legislativo, seja administrativo, seja judicial, e, como em seguida justificado, nos processos particulares.

Paula Sarno Braga informa decisões referentes à necessidade de serem observados esses princípios em situações como a aplicação de punição a licitantes, o jubramento de aluno em estabelecimento de ensino público superior, o perdimento de bens por força de ilícito fiscal, anulação ou revogação de ato ou contrato administrativo.<sup>66</sup>

Estabelece o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Não há dúvida, portanto, que nos processos com tramitação judicial e na esfera administrativa devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa.

O acusado em geral é qualquer pessoa que, sendo titular de determinada situação jurídica, vem a ser acusada e, por vezes, alvo de sanção, ou seja, de efeito jurídico não pretendido, não desejado. Também a ela se aplica o dispositivo constitucional. Essa situação jurídica pode ser tanto no âmbito do direito público como no âmbito das relações privadas, pois o legislador constituinte não estabeleceu qualquer distinção. Assim sendo, independentemente de qualquer previsão normativa, nas relações privadas em que haja possibilidade de acusação e sanção deve estar assegurado a quem é acusado o direito de se defender e de se manifestar em termos e condições que viabilizem a influência no resultado.

Considerando que a finalidade última do princípio do devido processo legal é a contenção do poder estatal, e que existem outros centros de poder, justifica-se que também em relação a eles há que haver mecanismos de impedimento da arbitrariedade, própria de quem exerce o poder sem estar submetido a qualquer forma de controle. O empregador é, em princípio, um centro de poder. João Bosco Maciel Júnior, citando Ada Pelegrini Grinover, confirma a obrigatoriedade do contraditório em processos particulares onde há exercício de poder e, consequentemente, possibilidade de abuso:

Mas se é certo ...que o exercício do poder não se limita ao Estado (Judiciário ou Administração), na medida em que também outras moléculas da sociedade

66. BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador:Podivm, 2008.p.197 e seguintes

têm aquela capacidade de editar decisões que repercutem na esfera jurídica de outras pessoas, então é rigorosamente certo que a garantia do contraditório há que ser exercida e observada igualmente fora dos limites estatais, sempre que se tratar de ato que, de direito ou mesmo de fato, se imponha a certas pessoas, com aptidão a interferir em sua esfera jurídica ou patrimonial.<sup>67</sup>

Tal como ocorre nos processos públicos, é o contraditório, incluindo a ampla defesa, que impede e reprime o abuso do direito em situações em que há exercício de poder.

O estudo das relações sociais permite que se identifique centros de poder não estatais, designados como grupos de pressão. Conforme aponta Wilson Steinmetz nas relações entre particulares também se verifica amplamente a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem liberdades de outros sujeitos, referindo-se a megagrupos industriais, comerciais, financeiros, midiáticos, associações, sindicatos e o crime organizado.<sup>68</sup> Hoje o poder não é apenas fenômeno político, sendo também social e econômico. João Bosco Maciel Júnior aponta que todos os grupos, sociais, econômicos (família, escolas, universidades, conjuntos religiosos, culturais ou recreativos, empresas, sindicatos, condomínios, associações etc) e até mesmo políticos, que têm entre si ideais ou interesses comuns, constituem formações sociais com expressão de poder.<sup>69</sup>

Independentemente da natureza do poder – econômico, social, religioso, estatutário, contratual – desde que haja exercício de poder cabe a observação do contraditório e da ampla defesa sempre que houver contraposição de interesses e possibilidade de sanção.

Juan María Bilbao Ubillos chama a atenção para o fato de que hoje, como antes, a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos estabelecidos entre sujeitos privados. O direito privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões de outros, de influenciar de forma eficaz no comportamento alheio, de impor a própria vontade. O poder não está concentrado apenas no aparato estatal e sim disperso, disseminado na sociedade.<sup>70</sup>

67. MACIEL JUNIOR, João Bosco. Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares. São Paulo: Saraiva, 2009, p.41

68. STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88

69. MACIEL JUNIOR, João Bosco. Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10

70. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301 (tradução livre)

Por conseguinte, onde houver exercício de poder e possibilidade de imposição de sanção, cumpre aplicar-se diretamente a norma de direito fundamental que assegura o devido processo legal, especificamente o contraditório e a ampla defesa. De forma expressa, o art. 57<sup>71</sup> do Código Civil já determina a observância do princípio aqui estudado, assegurando-o em relação ao associado que se pretende excluir da organização. Antes mesmo da previsão desse procedimento, introduzida pela lei nº 11.127/2005, já era exigida a sua observação, deduzindo-se diretamente do texto constitucional.

Na antiga redação do art. 57 não havia previsão expressa sobre a necessidade de um procedimento para exclusão do associado, mas diante da vinculação dos direitos fundamentais à esfera privada e conseqüentemente diante do devido processo legal, é necessário o atendimento a essa garantia<sup>72</sup>.

A esse respeito afirmou Fredie Didier ser o dispositivo citado de uma importância paradigmática por representar a impossibilidade de, no âmbito privado, haver *exercício do poder sem o respeito aos direitos fundamentais, processuais ou materiais*, destacando o devido processo legal *que garante ao sujeito não apenas um procedimento prévio de que possa participar em contraditório, mas também a razoabilidade das decisões que afetem seus direitos*.<sup>73</sup> A tendência revelada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de entender caber o contraditório e a ampla defesa nas relações processuais. O Ministro Marco Aurélio em seu voto no RE 158.215-4/RS, afirmou que cabia à cooperativa

uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio pela parte interessada; algo diverso é o atropelo nas normas próprias à espécie, julgando-se o processo não estatal e não jurisdicional, sem a abertura de prazo para produção da defesa e feitura de prova.

Rezou a ementa do referido acórdão que *na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa*. Ao comentar esta decisão, Paulo Gustavo Gonet Branco afirmou que esse julgamento *marca postura do Supremo Tribunal Federal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a*

71. Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

72. MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. Relações jurídicas privadas e direitos fundamentais. Uma análise do artigo 57 do Código Civil. IN: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 49

73. DIDIER JR, Fredie. O devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil. IN: \_\_\_\_\_. et all. *Constituição e processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 172

*invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas....*<sup>74</sup> No mesmo sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 201.819/RJ, ao confirmar a decisão do Tribunal *a quo*, no sentido de considerar de aplicação imediata os princípios do contraditório e da ampla defesa, rejeitando a punição de integrante da União Brasileira de Compositores, afastado sem que tivesse sido assegurado o devido processo.

As situações apontadas são similares à despedida por justa causa. Cabe aqui assegurar-se o contraditório e a ampla defesa em procedimento prévio. A Constituição Federal, no art. 6º, estabelece como direito fundamental social o trabalho. Para muitos, trata-se de direito *fundamentalmente interligado à vida*, já que *constitui a forma natural de se obter as outras necessidades que dão suporte à vida, como o alimento, o agasalho, a habitação, os medicamentos, a educação e, por que não, o próprio lazer*<sup>75</sup>. No art. 7º, inciso I, estabelece também como direito fundamental social a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Por se tratar de direito fundamental está protegido pelas mesmas garantias referentes aos demais direitos fundamentais anunciados no art. 5º, incluindo a aplicabilidade imediata.

Na sua dimensão objetiva, além de repercutir na interpretação de todo o restante conjunto normativo, é parâmetro de constitucionalidade e vincula a atuação do Estado-legislador, Estado-administrador e Estado-juiz. Vincula, ainda, os particulares. Em sua dimensão subjetiva, enseja, entre outros, o direito subjetivo ao trabalho, ao emprego protegido contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, à preservação do trabalho e do emprego<sup>76</sup>.

Diante da proteção estabelecida constitucionalmente e pela legislação infra-constitucional ao contrato, e, especificamente, ao contrato de emprego, não há dúvida que o inciso I do art. 7º determina restrições à liberdade do empregador de romper o vínculo de forma arbitrária ou sem justa causa.<sup>77</sup> A segurança no emprego é a certeza de que não havendo prática de falta grave, não havendo jus-

74. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n.13, 2002. Disponível em: [HTTP://www.direito-publico.com.br/PDF\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf](http://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf) acessado em 19.01.2007

75. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.581

76. Não há como negar o dever de trabalhar, mas não é ele decorrente deste direito e sim de uma interpretação sistemática, envolvendo princípios, a exemplo da dignidade e da solidariedade – ninguém pode, injustificadamente, tornar-se dependente dos demais membros da sociedade, através da previdência social.

77. Faça a distinção entre a despedida arbitrária, aquela sem qualquer justificativa, efeito do exercício de um direito equivocadamente considerado absoluto do empregador, e sem justa causa, ou seja, para a qual não contribuiu o empregado pelo cometimento de qualquer falta grave, mas que é respaldada em motivos técnicos

tificativa técnica ou econômica, o vínculo é preservado, podendo o trabalhador assumir o seu *status* de empregado e exercê-lo de forma plena, o que implica assumir compromissos pessoais e financeiros sem risco de, imotivadamente, se tornar desempregado, sem condições de dar continuidade ao investimento de vida que fez, respaldado em situação jurídica que acreditava, com boa fé, ser segura. *A maior forma, contudo, de proteção à manutenção do emprego é a possibilidade de resistência em se admitir a rescisão unilateral do empregador*<sup>78</sup>.

Há que ressaltar que, sendo o contrato de emprego caracterizado por estabelecer uma relação obrigacional de duração indeterminada, o seu rompimento imotivado enseja abuso do direito, combatido pelo ordenamento jurídico, incluindo as decisões nos tribunais. Considerando o poder como *a situação ou capacidade de dirigir a conduta de outros, fazer com que ajam de determinada maneira*<sup>79</sup>, não há como negar que o empregador é seu detentor porquanto é o proprietário dos meios de produção; porquanto é a autoridade naquela instituição; porquanto pactuou num contrato; porquanto controla juridicamente o conjunto da estrutura empresarial;...<sup>80</sup> Há uma situação de desigualdade exatamente em razão de ser o empregador um centro de poder, a ser contido.

O sistema estabeleceu uma desigualdade das partes contratantes, porém, em favor do empregador. O empregador pode punir o empregado, além da própria rescisão, atingindo o seu direito ao trabalho, mais do que uma situação patrimonial, e pode, também, aplicar outras sanções, morais, pecuniárias, profissionais.<sup>81</sup>

Os direitos fundamentais devem ser protegidos, portanto, diante do poder, qualquer que seja, e o sistema de garantia, para ser coerente e eficaz, deve ser polivalente, deve operar em todas as direções.<sup>82</sup> Consequentemente, excluir do empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa quando o contrato de emprego é rompido por fato que lhe é imputado pelo empregador implica tratamento discriminatório e, portanto, ofensa ao princípio da igualdade. Se o texto constitucional atribui ao empregado, nessa condição, a titularidade de direitos fundamentais, incluindo a proteção ao emprego, como justificar a exclusão do

---

(falta de adaptação do trabalhador às inovações tecnológicas introduzidas na empresa, por exemplo, ou econômicas (necessidade de redução de despesas).

78. RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. IN: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106

79. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999, p. 12

80. id., *ibid.*, p. 13

81. id., *ibid.*, p. 233

82. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 303 (tradução livre)



acesso ao direito de defesa e de contraditório quando ameaçado o próprio emprego? Por fim e por tudo, ofende o princípio da dignidade alguém, sem direito de defesa, poder ser acusado de falta de tal maneira grave que o leva à perda imediata de seu meio de sustento, ao desemprego e a todas as conseqüências que acarreta essa circunstância, e até mesmo a uma possível discriminação entre os seus colegas de profissão. Privado do salário e de todas as vantagens que teria caso fosse sua a iniciativa de ser afastado ou caso fosse afastado sem acusação de falta grave. Até o Estado fecha as portas àquele que, sem qualquer procedimento de apuração de falta, é despedido por justa causa, negando-lhe o pagamento do seguro desemprego.

A incidência dos direitos nas relações privadas é mais intensa quando a própria dignidade da pessoa humana se vê diretamente afetada<sup>83</sup>. Desta forma, não há dúvida quanto à obrigatoriedade de ser observado o devido processo legal, independentemente de lei infraconstitucional assim determinando, uma vez que assim já previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O procedimento já é obrigatório, cabendo, apenas, a sua regulação. Até lá, compete aos juízes, tal como fizeram em relação à definição de responsabilidade na hipótese de terceirização de serviços, construir a solução. Podem, e devem, os sindicatos estabelecer em seus acordos e convenções, mediante negociação, rotina que assegure o cumprimento desse direito constitucionalmente assegurado a todos, incluindo os empregados, seja qual for a sua categoria profissional.

A inexistência de legislação nesse sentido, decorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição em que se assegura de forma expressa o direito ao contraditório e à ampla defesa de todos os que são acusados, constitui omissão inconstitucional. Por conseguinte, compete ao Poder Judiciário suprir a inércia do legislador, sempre tendo em vista o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A independência dos poderes não afasta esta possibilidade. Cumpre ao empregador, diante da vinculação horizontal do direito ao contraditório e da ampla defesa, ao pretender despedir por justa causa empregado seu, apresentar ação junto à Justiça do Trabalho, expondo os fatos, preservando o emprego, se assim for possível, ou suspendendo a prestação do trabalho, mas mantendo o pagamento do salário, diretamente ao trabalhador ou mediante depósito à disposição do juiz. Pode requerer que diante do exame das provas já constituídas, seja suspensa a obrigação de pagar o salário.

83. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 334 (tradução livre)

De qualquer sorte, somente após a decisão judicial no sentido de reconhecer a falta grave, poderá ser autorizado a despedir o empregado por justa causa.

Não se trata de inovação e sim de aplicação analógica do procedimento adotado em relação à despedida por justa causa do empregado investido em cargo diretivo do sindicato. Pode, ainda, o empregador constituir internamente uma comissão voltada para apurar os fatos e assegurar o contraditório e a ampla defesa, utilizando como parâmetro o procedimento administrativo. Assim procedendo, e concluindo a comissão pelo cometimento de falta grave e pela responsabilidade do empregado, poderá efetivar a despedida motivada, rescindindo o contrato de trabalho. Pode o empregado recorrer à Justiça do Trabalho com a finalidade de afastar a justa causa. O não atendimento a um dos procedimentos aqui indicados, autoriza o juiz a considerar o contrato de emprego vigente até à comprovação, ainda que liminarmente, da justa causa ou a declarar a nulidade da despedida motivada, reconhecendo a despedida sem justa causa. Somente assim estar-se-á dando cumprimento ao devido processo legal constitucionalmente assegurado a todos os que são acusados, incluindo o empregado quando é atingido pela consequência extrema do não cumprimento de cláusula contratual, a despedida, sem que lhe seja permitido um momento de defesa, de justificativa, de esclarecimento dos fatos.

## 5. CONCLUSÃO

Os direitos do trabalho constitucionalmente assegurados são direitos sociais, já que têm como finalidade assegurar um bem jurídico necessário à construção da dignidade da pessoa e à concretização do princípio da igualdade, mediante a oferta de oportunidades reais de conquista do mínimo necessário à vida humana.

A sua relevância no sistema jurídico brasileiro decorre de ser o trabalho um dos elementos identificadores do estar no mundo de forma digna. Dignidade é um dos fundamentos do Brasil e diretriz da sua ordem econômica.

Os direitos fundamentais, incluindo os sociais, e entre estes, também abrangidos os prestacionais, além de vincularem o Legislador, o Administrador Público e o Juiz, vinculam, de forma imediata e direta, dentro dos limites a serem ponderados na situação concreta, os particulares, estando eles obrigados a lhes dar cumprimento, sem que tal implique ofensa à sua autonomia privada. A fundamentação dessa vinculação reside no princípio da supremacia constitucional e na constitucionalização do direito, no princípio da dignidade da pessoa e da solidariedade, na necessidade de se proteger o sujeito particular de ofensa a direito fundamental seu, seja por ato do Estado, seja por ato de um outro particular ou de si próprio. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais em sua

dimensão negativa não gera controvérsia, já que traduz um dever de abstenção de atos que contra eles possam afrontar. Há divergência, todavia, no que se refere à sua dimensão positiva. Nas relações jurídicas entre particulares, reconhece-se o direito subjetivo à abstenção de atos que afrontem o direito ao trabalho e o direito subjetivo prestacional material em situações específicas, avaliadas com as cautelas necessárias.

Esta constatação obriga uma leitura constitucional do próprio texto da Carta Magna e da legislação infraconstitucional, a fim de que não se estabeleçam duas ordens de ética, e se dê acolhida a situações de afronta aos direitos fundamentais sociais, especificamente do trabalho, a exemplo da incidência da prescrição quinquenal no curso das relações de emprego, da adoção do sistema designado como banco de horas, da não observação do princípio do contraditório na despedida do empregado acusado de ter cometido falta grave, na recusa de direitos iguais ao trabalhador doméstico, da permissão da revista pessoal visando a preservação do patrimônio do empregador, da responsabilidade objetiva da empresa com atividade considerada de risco para aquisição de doença profissional, entre tantos outros.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003
- AMARAL, José Duarte do. Estado democrático de direito: nova teoria geral do direito do trabalho – adequação e compatibilidade. São Paulo: LTr, 2008
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023. Informação e documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. *NBR 6024. Numeração progressiva das seções de um documento*. Rio de Janeiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. *NBR 6027. Sumário*. Rio de Janeiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. *NBR 10324. Preparação de folha de rosto*. Rio de Janeiro, 1988.
- \_\_\_\_\_. *NBR 10520. Apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. *NBR10522. Abreviação na descrição bibliográfica*. Rio de Janeiro, 1988.

- \_\_\_\_\_. *NBR 14724. Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n.13, 2002. Disponível em: [HTTP://www.direito-publico.com.br/PDF\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf](http://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf) acessado em 19.01.2007
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CLAUS-WILHEM CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de E. Brandão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1995.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999
- DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 4 ed., São Paulo: LTr, 2005
- DIDIER JR, Fredie. O devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil. IN: \_\_\_\_\_. et all. *Constituição e processo*. Salvador: Juspodivm, 2007
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Sans adieu: 50 anos de Cátedra*. Salvador: Ciência Jurídica, 1987
- MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009
- MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior, Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho, publicado no *Juris Síntese* nº 55 – set/out de 2005
- MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Relações jurídicas privadas e direitos fundamentais. Uma análise do artigo 57 do Código Civil*. IN: DIDIER JR, Fredie; MARTINEZ, Luciano, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2010
- MAZZEI, Rodrigo. *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009

- MEIRELES, Edilton. Direito do trabalho. Processo do Trabalho. Processo Civil. Belo Horizonte: BookJvris, 2011, p. 74-85
- MENEZES, Cláudio Armando Couce. Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador. *Revista LTr*, ano 73, agosto/2009, p. 963 a 972
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. arts. 1-36. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947 v. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Fundamentos do Direito das Obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390. v. 1.
- OLIVEIRA, Dalva Amélia de. Reformas: a atualização da legislação trabalhista e os direitos fundamentais do trabalho, segundo a Declaração de Princípios da OIT. São Paulo: LTr, 2004
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. IN: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010
- RODRIGUES, Américo Plá, *Princípios de direito do Trabalho*. LTr: São Paulo, 1993.
- RUPRECHT, Alfredo J, *Os princípios do Direito do Trabalho*. LTr; São Paulo, 1995
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinas compartilhado. *Revista LTr*, ano 72, maio/2008, p. 545 a 556
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *A Constituição concretizada*. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- \_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 60.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre

particulares. IN: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. IN: *Justiça do Trabalho*, 305 – maio/2009, p.7. Porto Alegre:HS Editora Ltda., 2009

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SEPULVEDA, Nilson, Revista LTr 65-02/148

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001,

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 325. Apud

\_\_\_\_\_. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 (tradução livre)

ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(Re) significação dos princípios de direito do trabalho*. Porto Alegre: Safe, 2009

## **Legislação**

Constituição Federal. São Paulo, Atlas, 2010

Código Civil. São Paulo, Atlas, 2010

## **Jurisprudência**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal RE 72071, publicado em 13.10.1971, Relator o Ministro Carlos Thompson Flores

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN 223-6. Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 29.06.1990

## Artigos de convidados

### NACIONAIS

**III. De volta à conexidade entre demandas (com especulações sobre o tema no futuro Código de Processo Civil)**  
*Bruno Silveira de Oliveira*

**IV. Decisões jurídicas a partir dos métodos da fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty e da redução eidética de Husserl**  
*Carlos Renato Oliveira Mendes*



**V. A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança: questões velhas e novas**

*Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues*

**VI. O processo civil entra em campo: a coisa julgada e o título brasileiro de 1987**

*José Augusto Garcia de Sousa*

**VII. A norma jurídica**

*Marsel Botelho*

**VIII. A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da Lei de Crimes Hediondos**

*Nathália Rosa Mendes*

### INTERNACIONAIS

**IX. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**

*Diego Werneck Arguelhes*

*Fernando Leal*

**X. Aspectos semânticos de uma contradição pragmática: ativismo judicial versus ampla defesa**

O *garantismo processual* sob o enfoque da filosofia da linguagem

*Glauco Gumerato Ramos*





### III

## DE VOLTA À CONEXIDADE ENTRE DEMANDAS (com especulações sobre o tema no futuro Código de Processo Civil)

*Bruno Silveira de Oliveira*

Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Vitória – FDV e da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto Capixaba de Direito e Processo – ICDP. Advogado. *bruno.silveira.oliveira@gmail.com*.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Os modelos analítico e pragmático – 3. As relações de conexidade entre demandas: demarcação do campo conceitual: 3.1. Entre a total identidade e a total diferença; 3.2. Relações entre os elementos objetivos das demandas; 3.3. Relações entre os aspectos concretos dos elementos objetivos: causa de pedir *remota* e objeto *mediato*: 3.3.1. Conexidade vs. afinidade; 3.4. Conexidade por identidade: insuficiência desse critério; 3.5. Conexidade por oposição: 3.5.1. Contradição; 3.5.2. Contrariedade; 3.5.3. Subcontrariedade; 3.5.4. Subalternidade; 3.6. Identidade ou oposição parcial; 3.7. A conexidade e seus efeitos – 4. Teste para a aferição da conexidade em casos concretos – 5. Marchas e contramarchas no projeto de novo CPC (à guisa de conclusão) – 6. Referências.

“[...] embora falemos em comunhão do objeto ou de *causa petendi*, não podemos fugir à ideia de ser o significado da palavra *conexão* bastante vago. Que seja conexidade, bem sabido é, qualquer liame existente entre duas ou mais coisas. Processualmente diríamos existir conexidade quando existe um liame entre, ou o objeto das causas ou a *causa petendi*. Mas, o que legalmente iria precisar este liame? A lei não o diz. E falar em *objeto* ou em *causa petendi* é bem vago”. (José de Moura Rocha, *A competência e o novo Código de Processo Civil*, p. 141-142)

## 1. INTRODUÇÃO

Temas relacionados ao objeto do processo, como sua estabilização, a conexidade entre demandas e a coisa julgada, ocupam historicamente lugar de destaque entre as mais controvertidas e aceras polêmicas doutrinárias. Ao longo de séculos, pavimentam terreno de fertilíssimas interrogações, por que caminham errantes todos quantos procuram fixar seus contornos.

No que tange à conexão ou conexidade entre demandas<sup>1</sup>, houve mesmo quem, enfaticamente, afirmasse impossível conceituá-la de maneira abrangente e satisfatória, apostando em que as relações de conexidade fossem a tal ponto sutis e complexas que as pudéssemos apenas *sentir*, jamais, porém, defini-las ou por qualquer outro modo verbalizá-las.<sup>2</sup>

Foi precisamente essa a orientação que acabou prevalecendo quando da elaboração de nosso Código de Processo Civil de 1939. Contra a sugestão dada pelo Prof. Francisco Morato, para quem cumpria formular um conceito legal de

1. Não faremos, aqui, distinção entre os verbetes 'conexão' e 'conexidade'. Ressaltamos, no entanto, a maior precisão do termo 'conexidade' para designar aquela especial relação que possuem, entre si, as coisas ou os entes *conexos*. 'Conexão', por seu turno, é substantivo ambíguo, capaz de denotar ora essa relação que pode existir entre duas ou mais demandas, ora o ato ou o efeito de se reunirem tais demandas em *simultaneus processus*. Nesses termos, vejamos a lição do Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal: "O substantivo conexão e o adjetivo conexo exprimem sempre, segundo o Código [referência ao CPC/39], a mesma ideia? Há, em direito processual, um único sentido para a palavra conexão? São conexas as coisas que têm, entre si, relações íntimas. Conexão é o ato de ligar duas ou várias coisas. Conexidade é a qualidade do que é conexo. É evidente que, nos arts. 88, 134 e 149 [todos do CPC/39], o Código quis referir-se à qualidade das ações conexas, e não ao ato de ligá-las, e, portanto, deveria ter dito conexidade e não conexão. (Luís Eulálio de Bueno Vidigal, "A conexão no código de processo civil brasileiro". In *Revista de direito processual civil*, ano I, v. 2, p. 5.).
2. Conhecidíssima, a propósito, a objeção de Pietro Cogliolo, para quem "a identidade entre um direito apresentado em juízo e um já julgado pode ser *sentida*, mas nem sempre *formulada*. A pesquisa versa sobre conceitos assim elementares e primitivos que, como os corpos simples na química, não podem ter definições e determinações completas". No original, por nós livremente traduzido: "l'identità tra un diritto presentato in giudizio ed uno già giudicato può essere *sentita*, ma non sempre *formulata*. La ricerca si versa sopra concetti così elementari e primitivi che, come i corpi semplici nella chimica, non possono avere definizioni e determinazioni complete". (Pietro Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenti al diritto intermedio*, v. 1., p. 210. Nessa toada, Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz já advertia que a conexidade entre demandas é "[...] uma das materias mais intrincadas e difíceis do direito judiciario, tão intrincada e tão difficil, que não poucos escriptores a consideram insusceptivel de rigorosa systematisação scientifica e avessa a uma perfeita disciplina legal. Assumpto sobremodo extenso e confuso [...] porque a connexão é um laço envolvente, que se insinúa por entre as relações jurídicas, ora prendendo-as de um modo indissolúvel, por forma a exigir uma unica decisão [...]. Acompanha-a nas suas innumerables expansões e enlaçaduras, medindo a intensidade do nexo nas varias relações, e as diversas consequencias que dahi resultam, — é tarefa que se não pode tentar sem longa preparação, sem profunda meditação e vagar, e sem dotes especiaes na pessoa que se abalance a tão penoso emprehendimento. Tudo isto falta ao autor destas linhas; mas o leitor esclarecido, no julgal-as, tomará por certo em consideração estas attenuantes." (Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, *Notas sobre a competencia por connexão*, p. 8-11). Machado Guimarães relata que Plank "[...] já em 1884 considerava [...], em clássica monografia, que uma regra legislativa definidora do *forum materialis connexitatis* não passaria de fórmula vazia, face ao conteúdo indeterminado e às múltiplas afinidades das relações jurídicas". E, aderindo a essa ideia, remata: "A conexidade, se invocada para determinar a competência, ou permitir o concurso objetivo de ações, ou fundar o litisconsórcio, ou indicar os limites da coisa julgada, pressupõe nexos diversos e mais ou menos estreitos, que difficilmente poderiam ser compreendidos em uma norma legal. A doutrina e à jurisprudência incumbe revelar o conteúdo exato da conexão de causas [...]". (Luiz Machado Guimarães, "As três figuras do litisconsórcio", In *Estudos de direito processual civil*, p. 208-209). No mesmo sentido: Tomás Pará Filho, "Conexão de causas (verbetes)", In *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 17, p. 481.

conexão, por suas repercussões sobre temas como o litisconsórcio e a assistência, entre outros, o Prof. Pedro Batista Martins – projetista do Código – optou por não inserir nele definição alguma, justificando sua escolha nestes termos: “não nos parece merecedora de acolhida a sugestão do ilustre processualista. O conceito de conexão não pode realmente ser fixado em princípios apriorísticos e abstratos. Defini-lo seria um erro de consequências incalculáveis, porque bem poderia acontecer que a experiência viesse a apresentar novas figuras de conexão que se não pudessem ajustar às categorias discriminadas na lei. Melhor, assim, seria que se relegasse, como fez a lei [a referência, obviamente, é ao CPC/39], à jurisprudência e à doutrina, a tarefa de definir e conceituar a conexão, a cujo respeito ainda não se tranquilizaram as teorias, como salienta o próprio autor da sugestão [o Prof. Francisco Morato]”.<sup>3</sup>

Na direção oposta, rejeitando o ceticismo que prevaleceu na elaboração do diploma anterior, o Min. Alfredo Buzaid, notório autor do projeto que resultou no Código ainda vigente, firmou clara posição no sentido de se dever conceituar legalmente o fenômeno. Suas palavras: “à força de ser repetido, passou à categoria de adágio jurídico o conselho das fontes romanas, segundo o qual *omnis definitio in jure civile periculosa est* (D. 50.17.202). Sem discutir o valor dessa recomendação, de cujo acerto não pomos dúvida, ousamos, contudo, em vários lugares do projeto [refere-se, é óbvio, ao projeto que resultou no CPC/73], desatendê-la, formulando algumas noções que reputamos estritamente necessárias. [...] Notando a falta de um conceito legal de conexão, o Professor Francisco Morato aconselhou que o legislador a definisse. Pedro Batista Martins, autor do projeto do Código de Processo Civil atual [a referência é ao CPC/39], não lhe acolheu a sugestão. [...] Os argumentos expendidos por este eminente escritor não procedem. A conexão pode e deve ser conceituada pelo legislador, precisamente para eliminar as vacilações da doutrina e da jurisprudência. O ideal é que a lei seja sempre clara e explícita. Adotando esta orientação, o projeto define não só a conexão [...] como a continência [...]”.<sup>4</sup>

O contraste entre as abordagens acima, estampadas em nossos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, reflete o antagonismo que sempre existiu na doutrina quando se trata de eleger o melhor tratamento normativo a ser dado ao tema; mais do que isso: assinala agudas diferenças entre dois modelos legais, que se alternam e entre si rivalizam na disputa pela preferência dos ordenamentos jurídicos nacionais. Referimo-nos aos modelos *analítico* e *pragmático*, dos

3. Pedro Batista Martins, *Comentários ao código de processo civil*, 2. ed., v. 2, p. 158-159.

4. Alfredo Buzaid, *Exposição de motivos do código de processo civil*.

quais encontramos, respectivamente nos Códigos de 1973 e de 1939, exemplos fornecidos pela experiência jurídica brasileira.

## 2. OS MODELOS ANALÍTICO E PRAGMÁTICO

À falta de melhor terminologia, chamemos de *analíticas* aquelas propostas que – visando a conceituar o fenômeno da conexão – partam do estudo e da *análise* das relações existentes entre os elementos objetivos das demandas (causa de pedir e pedido) para estabelecerem suas conclusões e definições.

Essa maneira de pesquisar e de pensar o tema da conexão remonta à obra fundamental de Matteo Pescatore<sup>5</sup>, passa por Carnelutti<sup>6</sup> e chega aos dias atuais consagrada em um sem número de sistemas processuais, preponderando em países de língua latina, como Brasil, Portugal, Itália, Espanha e países ibero-americanos em geral.<sup>7</sup>

Já em estados como França, Alemanha e Estados Unidos, por exemplo, há nenhuma preocupação em se formular e inserir na lei uma definição precisa e completa do fenômeno em questão. Neles, cada um a seu modo, obviamente, as atenções se voltam para o problema prático que é determinar-se quando ou em que tipos de situações duas ou mais demandas devem ser reunidas e julgadas em *simultaneus processus*.

Podemos qualificar essa diferente abordagem como *pragmática*. Aqui não há labor de análise, indução ou generalização de um conceito a partir de um estudo mais ou menos vasto de casos; ao invés, prevalece a tipificação casuística de situações nas quais o legislador entende devida quer a reunião de demandas para julgamento simultâneo, quer a suspensão de um dos processos por prejudicialidade<sup>8</sup>, quando não se prescreve uma simples ordem – de conteúdo significativamente aberto e indeterminado – dirigida aos juízes para que reúnam as demandas em *simultaneus processus* sempre que isso lhes parecer interessante à boa administração da justiça<sup>9</sup>.

5. Cf. Matteo Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale (nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale, con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario)*, esp. p. 168 *et. seq.*

6. Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 26-28, v. 4.

7. Nesse sentido: Giuseppe Tarzia, “Connessione di cause e processo simultaneo”, In *Problemi del processo civile di cognizione*, p. 221.

8. Essa, a técnica da ZPO alemã. Cf. §§ 145 (1), (2) e (3); 147; 148; 149; 150 *etc.*

9. Não surpreende, pois, que o art. 101 do CPC francês se refira à conexão, simplesmente, como um liame entre demandas, qualificando-o pela consequência de ser interessante à boa administração da justiça que as demandas sejam instruídas e julgadas simultaneamente. Eis sua redação: “S’il existe entre des affaires

A esse modo, com singeleza, qual sugeria Redenti, costuma-se determinar a reunião de demandas para julgamento simultâneo sempre que o caso revelar a necessidade de formação de uma “convicção única” acerca das questões que se estabeleçam entre elas<sup>10</sup>.

O ponto nodal – todavia não desbaratado pelo modelo pragmático – é fornecer critérios que nos indiquem com precisão *quando* ou *em que hipóteses* precisaremos formar aquele juízo único sobre os grupos de demandas com que depararmos.

### 3. AS RELAÇÕES DE CONEXIDADE ENTRE DEMANDAS: DEMARCAÇÃO DO CAMPO CONCEITUAL

De nossa parte, temos que é não apenas possível como *amplamente recomendável* estabelecer-se em lei um conceito de conexão entre demandas. Prezamos, pois, por conferir uma abordagem *analítica* ao tema.

Se nenhum outro motivo o recomendasse, bastaria, em abono de tal método, a considerável margem de segurança jurídica que ele oferece, no que falha completamente o modelo oposto (o *pragmático*).

Nunca é demais, a propósito, resgatar a ancestral advertência de Mattiolo contra o risco de manipulações ilegítimas, variantes ao sabor das conveniências pessoais do julgador, que conceitos de conexão lacunosos, imprecisos ou excessivamente abertos propiciaram ao longo da história. Nesse caso, por óbvio, o risco é tanto mais grave quanto maior a porosidade na definição legal (para não cogitarmos da hipótese, ainda mais problemática, de haver nada na lei a respeito).<sup>11</sup>

---

portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction”. Já no direito estadunidense, ocupam-se os estudiosos da questão de se definir quando a reunião de demandas (*joinder of claims and parties*) será, como dizem os franceses, conforme o “interesse de uma boa justiça”. Nisso empenhados, procuram alinhar as desvantagens de uma permissão irrestrita ao *simultaneous processus*, não aconselhando o uso dessa técnica quando “[...] each type involves different rules of law; each requires different testimony to establish a case and each carries a different measure of damages. If a single jury were to try both types of action at one time, there is a strong likelihood that confusion would exist in the minds of the jurors as to the rules of law to be applied to the respective actions and they would undoubtedly entertain much difficulty in applying the various parts of testimony introduced to the appropriate cause of action. There is nothing in common to be found [...]”. Sporn V. Hudson Transit Lines, 265 App. Div. 360, 38 N.Y.S. 2D 512 (1<sup>st</sup> Dept's 1942), Arthur Miller *et al.*, *Civil procedure: cases and materials*, 7. ed., p. 585.

10. Enrico Redenti, *Profili pratici del diritto processuale civile*, p. 280. O ensinamento tem a adesão de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 3. ed., p. 148, v. 2. Em sentido análogo, na doutrina espanhola, cf. Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, *Derecho procesal civil*, p. 277-278, t. I.

11. Suas palavras: “[...] il principio della continenza di causa andò, a poco a poco, nei secoli scorsi, acquistando un'applicazione sconfinata; sicchè bastasse la più piccola analogia fra cause e cause per operare

Tal risco, concebido em qualquer de seus graus, é a nosso ver completamente desnecessário; não precisa ser assumido por sistema legal algum. Reputamos perfeitamente factível (e procuraremos demonstrá-lo na sequência deste estudo – cf., *infra*, ns. 3 *usque* 5) a tarefa de se enunciar uma *definição completa* do fenômeno em estudo, imune a brechas e ao mesmo tempo simples e funcional, aplicável à generalidade dos casos encontráveis na praxe.

Noutras palavras, a relativa e em certa medida necessária *maleabilidade* que o conceito de conexão deve possuir, para não se superado pela vastidão da casuística, não exige como preço (altíssimo, diga-se) o desprezo pela clareza da lei e pela segurança decorrente dessa virtude. No particular, cremos ser possível o melhor dos dois mundos: extensão total do conceito e perfeita compreensão de seu conteúdo.

Antes, porém, de nos aventurarmos a tanto e avançarmos nossa proposta de conceituação, é necessário que demarquemos em cores mais vivas o universo de nosso discurso, que estabeleçamos, pois, os limites dentro dos quais se contêm todas as relações de conexidade entre demandas, apartando-as, assim, de fenômenos que lhe são correlatos mas que com elas não se confundem. Vejamo-lo.

### 3.1. Entre a total identidade e a total diferença

A primeira anotação necessária (embora aparentemente óbvia) é a de que as relações de conexidade estão em algum lugar entre a total identidade das demandas comparadas e a completa diferença entre elas. Se totalmente iguais, esbarraríamos nos fenômenos da *litispêndencia* ou da *coisa julgada*<sup>12</sup>, se, por outro lado,

---

una deroga all'ordine delle competenze legali. Cessate le cagioni di questo abuso, la scienza e la pratica si affaticarono a ricondurre il principio della connessione di causa entro quei limiti, fra cui soltanto poteva apparire conforme alla ragione del diritto, e all'utilità dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia quasi tutti i legislatori moderni si astennero dal definire le condizioni necessarie affinché la continenza di causa riuscisse a derogare ai principi generali di competenza. Essi credettero miglior consiglio lo affidare questo difficile compito alla dottrina e alla giurisprudenza, e si limitarono per lo più a trattare di casi speciali". (Luigi Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 3. ed., p. 625, v. I). Em sentido análogo, registremos também a lição de Celso Neves (lavrada com espeque na obra de Mattiolo), segundo a qual, no Direito Canônico, a Igreja limitava-se a dar ao princípio de continência "[...] uma extraordinária ampliação, valendo-se disso para estender a sua jurisdição a controvérsias que, pela sua natureza, a ela eram estranhas. De seu lado, se a jurisdição régia, em face da Igreja, contestava as máximas do foro eclesiástico em matéria de conexão de causa, delas se servia nas suas relações com as jurisdições feudais, com o escopo de chamar a si muitas lides que, segundo as leis daquele tempo, deveriam ser julgadas por juízes feudais". (Celso Neves, "Notas a propósito da conexão de causas", In *RePro* n. 36, p. 36).

12. CPC, art. 301, §2º: "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido". CPC, art. 301, §3º: "Há litispêndencia, quando se repeta ação, que está em curso; há

completamente distintas as demandas, nenhuma implicação teria o julgamento de uma sobre o da outra, de maneira que não faria sentido cogitar de algum tipo de vínculo entre elas.

Assim, não são conexas demandas idênticas (*i.e.*: que contenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido), como também não o são demandas completamente estranhas uma à outra.

A lição, tão antiga quanto magistral, é de Pescatore, para quem “causas conexas são aquelas que têm alguns elementos comuns e alguns diversos; se todos os elementos fossem comuns, disso resultariam causas idênticas e não somente conexas. Se todos os elementos fossem diversos, faltaria qualquer vínculo de conexão”<sup>13</sup>.

Não por outra razão, Mattiolo concebe a conexão como uma espécie de *analogia* entre demandas, situando-a qual *tertium genus* entre a *completa identidade* e a *completa diferença*. Suas palavras, aqui livremente traduzidas: “diremos *idênticas* duas causas quando, decompostas em seus elementos constitutivos, apresentem as mesmas pessoas, a mesma *res* e a mesma *causa petendi*; *diversas*, se nelas forem diferentes todos os três elementos constitutivos; *análogas* finalmente, ou (em linguagem legal) *conexas*, se resultam constituídas de elementos em parte idênticos e em parte diversos”<sup>14</sup>.

### 3.2. Relações entre os elementos objetivos das demandas

Façamos agora outro importantíssimo corte: a semelhança ou analogia (como queiram) entre duas ou mais demandas, capaz de instaurar relações de conexão

---

coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

13. No original, por nós livremente traduzido: “Cause connesse sono quelle che abbiano alcuni elementi comuni, e alcuni diversi; se *tutti* gli elementi fossero comuni, ne risulterebbero cause *identiche* e non solamente *connesse*: Se tutti gli elementi fossero diversi, mancherebbe ogni vincolo di connessione. Ora gli elementi costitutivi di tutte le cause sono: 1° le persone contendenti; 2° il titolo della contesa, cioè quello a cui si appoggia la domanda e la relativa eccezione; 3° la cosa che si domanda: (*personae*, *causa petendi* e *causa excipiendi*, *res*): onde emergono due sommi generi di cause connesse: il primo di quelle che abbiano due elementi comuni e un solo diverso; il secondo di quelle che abbiano due elementi diversi, e un solo comune. Ciascuno di questi generi si suddivide poi in tre specie; perocchè tre essendo gli elementi, l'elemento diverso nel primo genere, e l'elemento comune nel secondo può variare tre volte”. (Matteo Pescatore, *Op. Cit.*, p. 168).
14. No original: “Due cause adunque si diranno – *identiche*, allorchè, decomposte nei loro elementi costitutivi, presentino le stesse *personae*, la medesima *res*, la stessa *causa petendi* – *diverse*, se in esse sono differenti tutti e tre gli elementi costitutivi – *analoghe* finalmente, o (in linguaggio legale) *connesse*, se risultano costituite di elementi, in parte identici, in parte diversi”. (Luigi Mattiolo, *Op. cit.*, p. 623-624).

entre elas, refere-se a seus elementos *objetivos* (causa de pedir e pedido).<sup>15</sup> Irrelevante, pois, a identidade de partes (elemento subjetivo da demanda).

Embora, na prática, seja frequente a repetição de ao menos uma das partes em todas as demandas pertencentes a um mesmo grupo de conexas, nada impede que haja conexão entre demandas com nenhum sujeito em comum (como no esquema D1: A *versus* B / D2: C *versus* D, em que D1 e D2 são demandas conexas).

Pensemos, por exemplo, em duas ou mais demandas condenatórias fundadas em responsabilidade civil por um mesmo acidente de trânsito, envolvendo um ônibus de transporte municipal. Suponhamos que um dos passageiros vitimados haja voltado sua pretensão contra a concessionária do serviço; outro contra o motorista do coletivo e, quem sabe, um terceiro contra o município concedente, imputando-lhe falhas na manutenção do sistema viário (por exemplo, um defeito no semáforo do cruzamento onde ocorreu o sinistro).

Temos aí três demandas fundadas na mesma alegação fática (elemento comum às suas causas de pedir remotas), qual seja o acidente ocorrido no dia *x* e no lugar *y*. Assim, em sendo ao menos teoricamente possível que cada um dos diferentes réus responda em alguma medida pelos indigitados danos, será mister realizar-se uma única instrução probatória acerca da colisão entre o ônibus em que trafegavam os autores e o outro veículo, no malsinado cruzamento cujo semáforo supostamente falhara.

A demanda D1 apresentará como partes A e B, já D2 terá em seus pólos ativo e passivo C e D, ao passo que em D3 figurarão como autor e réu E e F. Como se vê, nenhuma das partes se repete, o que demonstra que a coincidência de sujeitos (a impropriamente denominada *conexão subjetiva*) é variável completamente acidental, de todo desnecessária à configuração de uma autêntica hipótese de conexidade entre demandas.

### **3.3. Relações entre os aspectos concretos dos elementos objetivos: causa de pedir remota e objeto mediato**

Já no tocante aos elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido), é tradicionalíssima – e de resto incorporada ao nosso direito positivo – a lição de que apenas os aspectos *concretos* desses elementos – isto é, a causa de pedir

15. Nos termos do art. 103 de nosso CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”. [destacamos]



*remota* (fato) e o pedido *mediato* (bem da vida) – podem deflagrar relações de conexão.<sup>16</sup>

Desempenham nenhum papel relevante, para o fim de se identificar uma relação de *conexidade* entre duas ou mais demandas, a chamada causa de pedir *próxima* (isto é, o fundamento normativo ou a tese jurídica que ampara a pretensão deduzida em juízo) e o pedido *mediato* (ou seja, o tipo de tutela jurisdicional pretendida: *declaratória*, *constitutiva* ou *condenatória*). Para a conexão importam os fatos (eventos concretos), não as teses jurídicas ou a espécie de tutela jurisdicional pleiteada.

São de duas ordens, ambas muitíssimo claras, as razões que subsidiam tal afirmação.

A primeira delas, porque historicamente sempre se compreendeu e utilizou-se nesse sentido, com razoável consistência, o termo *conexão* (ou conexão) de demandas. É evidente que as palavras não possuem significados intrínsecos; só denotam algo na medida em que são empregadas por seus usuários, reiterada e consistentemente, com esta ou com aquela carga semântica. No caso do termo *conexidade*, este sempre se viu referido aos aspectos concretos das demandas; suas raízes descem sólida e profundamente sob o terreno do direito material, evocando o clássico brocardo *ex facto oritur ius*.<sup>17</sup> Trata-se, pois, antes de tudo, de algum tipo de fenômeno que se inicia entre direitos subjetivos e pretensões (isto é, no plano material do ordenamento), sendo transportado ao plano do processo – como *proposição* ou *enunciado* – por intermédio da causa de pedir remota (alegação

16. “A coincidência entre os elementos objetivos das demandas para determinar a *conexidade juridicamente relevante*, deve ser coincidência quanto aos *elementos concretos* da causa de pedir ou quanto aos elementos concretos do pedido. A coincidência de elementos abstratos conduz à mera *afinidade* entre as demandas, que não chega a ser *conexidade* e não tem os mesmos efeitos desta. Há conexão pelo *petitum* quando o bem da vida pleiteado é concretamente o mesmo – como se dá quando dois ou mais sujeitos postulam a posse ou domínio do mesmo imóvel ou quando ambos os cônjuges pedem a separação judicial (postulam a dissolução da mesma sociedade conjugal). Não há conexão só pela identidade da natureza do bem da vida (móvel, imóvel) ou pela coincidência na natureza do provimento jurisdicional postulado (sentença condenatória, execução forçada etc.). Do mesmo modo, duas demandas são conexas pela *causa de pedir* quando os *fatos narrados* são os mesmos, ainda que só parcialmente coincidam. A mera coincidência dos *fundamentos jurídicos* não é todavia suficiente para fazer com que duas causas sejam conexas (p. ex., milhares de funcionários públicos em litígio com o Estado por um certo recálculo de vencimentos ou uma multidão de consumidores pleiteando indenização pelo defeito de dado produto”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, p. 149-150, v. II).

17. Reconhecem-no os adeptos da chamada *teoria materialista* sobre a conexão. Ilustrativamente, vejam-se: Tomás Pará Filho, *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*, p. 65; Olavo de Oliveira Neto, *Conexão por prejudicialidade*, p. 64; Fredie Didier Jr., *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, 5. ed., p. 146-147; Sandro Gilbert Martins, *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*, p. 169-170; etc. Em sentido análogo, cf. Edward Carlyle Silva, *Conexão de causas*, p. 82-83.

de fato) e do pedido mediato (postulação de um bem da vida)<sup>18</sup>. Assim é desde Pescatore até hoje.<sup>19</sup>

A segunda razão é ainda mais singela e contundente que a anterior: nosso Código distingue a *conexidade* da *afinidade* entre demandas. Trata-se, para o direito positivo brasileiro, de relações em tudo distintas<sup>20</sup>. Vejamos isso mais detidamente.

### 3.3.1. *Conexidade vs. afinidade*

Ao passo que a *conexidade*, como dissemos, deriva de proposições sobre fatos (causas de pedir remotas) e bens (objetos mediatos) que supostamente *existem em concreto* (e.g.: duas ou mais demandas fundadas no acidente automobilístico “A”, ocorrido no dia “d” e no lugar “l”; duas ou mais demandas em que se peça a entrega do terreno “t”, situado nos lotes 1 e 2 da rua “r”, no bairro “b” do município “m”)

18. Vejamos a lição de Betti: “[...] si dicono connesse fra loro due cause (ragioni) la cui decisione richieda necessariamente la soluzione di una o più questioni comuni: intendiamo questioni pratiche vertenti su concrete situazioni giuridiche (stati o rapporti correnti fra le parti), non già interpretative della legge. La comunanza di tali questioni, quando abbia, come qui, carattere non già accidentale ma necessario, è, nella sua figura tipica, indice di un nesso o concorso fra rapporti giuridici – in genere, fra le situazioni giuridiche – rispettivamente affermati o messi in questione nelle due cause (*concursum actionum* del diritto romano e comune)”. Emilio Betti, *Diritto processuale civile italiano*, p. 489-490. Em sentido análogo: Crisanto Mandrioli, “Riflessioni in tema di *petitum* e di *causa petendi*”, In *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 1984, p. 465-480. Entre nós, é de obrigatoria referência a obra de Bedaque. Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 6. ed., esp. p. 96.
19. Tanto assim que Carnelutti denomina “conexão imprópria” à relação entre demandas que nosso Código intitula “afinidade”, isto é, à coincidência da mesma tese jurídica (causa de pedir próxima) entre duas ou mais demandas, sendo diversos os fatos que lhes dão embasamento. Suas palavras: “Cuando el hecho o el efecto jurídico en que se resuelve la razón de la pretensión de varias litis no sea *idéntico*, sino *similar* (lo cual puede ocurrir si las litis no son conexas por identidad de algunos de sus elementos), puede haber únicamente conexión *impropria*: tal es la relación entre varias litis en que los hechos o los efectos constitutivos de las razones sean distintos, pero pertenezcan al mismo género (por ejemplo, Ticio contiene con Cayo y Sempronio con Mevio acerca de la nulidad de dos testamentos a proposito de las cuales se presenta la misma cuestión). Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, p. 41, v. 1. Entre nós, no mesmo sentido: José Joaquim Calmon de Passos, *Do litisconsórcio no código de processo civil*, p. 46; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., p. 257.
20. Não fosse assim, haveria nenhum sentido em – como faz nosso Código em seu art. 46 – dedicar incisos distintos a cada uma daquelas espécies de relações entre demandas (a *conexidade* referida no inciso III, a *afinidade* no IV), ambas autorizadoras do litisconsórcio. Eis, para melhor compreensão do ponto, a dicção legal: CPC, art. 46: “Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: [...] III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Nas palavras de Machado Guimarães: “[...] a lei, que no mesmo artigo e imediatamente antes se refere a conexão de causas, pretende expressar, sem dúvida, conceito diferente, usando as expressões ‘afinidade de questões’”. (Luiz Machado Guimarães, *Op. cit.*, p. 213). Em sentido análogo, Antônio Junqueira de Azevedo: “No Código de Processo Civil brasileiro, a palavra ‘conexão’ deve ser entendida, a meu ver, como ‘conexão pelo título ou pelo objeto’, porque, para outras hipóteses de conexão, a lei não se utiliza dessa palavra, e sim, de frases diversas, como ‘comunhão de interesses’ e ‘afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito’”. (Antônio Junqueira de Azevedo, *Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*, p. 87).

a *afinidade*, por seu turno, é liame mais tênue<sup>21</sup>, que congraça demandas não por vínculos oriundos de proposições sobre eventos concretos, mas pela circunstância de os diferentes fatos ou direitos, alegados naquelas, subsumirem-se à *mesma norma jurídica material*.<sup>22</sup>

Ilustrativamente, são *afins* entre si as demandas de vários mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, que hajam celebrado contratos distintos, em tempos, lugares e por modos diferentes, pleiteando a anulação das cláusulas contratuais que prevêm a aplicação da chamada *tabela price*, por alegarem que essa fórmula – de cômputo e amortização dos juros – propicia o anatocismo em períodos curtíssimos, muito inferiores a um ano, lapso antes do qual é vedado, aos credores em geral, embutir os juros no capital.

Assim concebida, a distinção entre as relações de *conexidade* e aquelas de *afinidade* revela-se simétrica à dualidade ontológica entre os planos do ser (*das Sein*) e do dever-ser (*das Sollen*)<sup>23</sup>, entre o *fato em si* e a *norma* sobre o respectivo *tipo de fato*.

A *conexidade* reporta-se a eventos da ordem do ser (*i.e.*: a eventos individuais e concretos), ao passo que a *afinidade* é um liame que se estabelece em abstrato, confinando-se no rarefeito plano do dever-ser. Aquela (a *conexidade*), compreendida na hipótese do art. 103 do CPC<sup>24</sup>, pressupõe alegações de duas ou mais incidências de determinada norma jurídica sobre a *mesma situação fática* ou sobre o *mesmo bem da vida* (*e.g.*: duas ou mais incidências da norma contida no art. 927 do Código Civil<sup>25</sup> sobre o *mesmo acidente automobilístico*, invocadas por duas ou mais vítimas *desse ilícito*); esta (a *afinidade*) pressupõe alegações de dois ou mais fatos (diferentes)<sup>26</sup> que se subsumam à *mesma norma ou tese*

21. Nesse sentido: Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Do litisconsórcio*, p. 35; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 151, v. 2; Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 20 ed., p. 172, v. 1.
22. Como noutra ocasião afirmamos: “O que torna duas ou mais demandas meramente afins – seja por ponto de fato, seja por ponto de direito – é a circunstância de se dever aplicar, a todas elas, a mesma tese jurídica. A mesma norma abstrata é aplicável a todos os casos, apesar de cada um deles consistir em uma situação concreta distinta e – salvo pela submissão à mesma tese jurídica – completamente independente das demais”. (Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade e efetividade processual*, p. 77).
23. Kelsen, em sua obra póstuma, atribui nítidos foros de ontologia à distinção. Suas palavras: “O dever-ser – como já diz Georg Simmel em sua *Einleitung in die Moralwissenschaft*, do mesmo modo que o ser, é uma ‘categoria original’, e como não se pode descrever o que seja o ser, tampouco há uma definição de dever-ser”. (Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 3).
24. Vejamos uma vez mais a redação do art. 103 do CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.
25. CC, art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.
26. O ponto não passou despercebido por Gabriel de Rezende Filho, que, ao tratar das hipóteses de cabimento do litisconsórcio, distinguiu a *conexidade* da *afinidade* entre demandas. Suas palavras: “Justifica-se o

*jurídica* (e.g.: dois ou mais financiamentos pactuados com cláusulas abusivas, tendo por objeto diferentes bens da vida e contratados por pessoas distintas junto a diferentes instituições financeiras, subsistindo em comum entre eles apenas a circunstância de se subsumirem, ambos, às normas insculpidas no art. 6º, IV e V, da lei 8.078/1990, CDC)<sup>27</sup>.

Portanto, quando nosso Código faz menção à mesma *causa de pedir* ou ao mesmo *objeto*, no enunciado de seu art. 103, como fatores que geram a conexão, está se referindo a alegações que apontem para um mesmo “fato concreto”, formuladas em duas ou mais demandas como suas *causae petendi* remotas, ou a postulações de um mesmo bem da vida (isto é, de um bem concretamente existente: a casa *x*, o automóvel *y*), que figure como objeto mediato dos pedidos veiculados por tais demandas.

Já quando, no art. 46, IV, autoriza a formação do litisconsórcio entre duas ou mais pretensões quando lhes ocorrer “afinidade de questões por um ponto comum *de fato* ou *de direito*”, refere-se não a fatos ou a direitos *concretamente existentes*, mas a fatos ou a direitos *em tese*, isto é, a fatos ou a direitos *descritos na hipótese de incidência de uma norma jurídica abstrata*.

Trata-se da essencial distinção, muitíssimo estratificada na teoria do direito, entre *fato imponível* e *hipótese de incidência*<sup>28</sup> (ou, em sentido análogo, entre *suporte fático* e *fato jurídico*, de um lado, e *hipótese normativa*, de outro<sup>29</sup>).

---

litisconsórcio quando existe a *conexão de causas*. [...] O *fato* deve ser o mesmo em relação a todos os interessados. Suponhamos este caso: dá-se um delito. Há responsáveis pelo fato delituoso. A vítima tem o direito de chamar a juízo todos eles, na qualidade de litisconsortes. O credor pode demandar também, concomitantemente, o devedor e o fiador: o [fato] é a dívida, pela qual ambos são responsáveis. O credor, ainda, pode propor ação contra os co-devedores solidários. Do mesmo modo, credores solidários podem unir-se a fim de demandar o devedor comum. Como se vê, em todos esses casos há necessidade que o *fato* seja o mesmo, isto é, de que haja *conexão de causas*. Caso diverso é o da *afinidade das questões por um ponto comum de fato ou de direito*. Não há necessidade de que o *fato* seja o mesmo: basta a *semelhança, a analogia*”. (Gabriel de Rezende Filho, *Curso de direito processual civil*, 7. ed., p. 244, v. I). Mais recentemente, a lição é reverberada por Daniel Assumpção Neves, que, discorrendo sobre o litisconsórcio por afinidade entre pretensões, afirma: “nessa espécie de cabimento do litisconsórcio não se exige a identidade dos fatos, até mesmo porque nesse caso haveria conexão (inciso III), bastando para se admitir o litisconsórcio a afinidade – semelhança – de questões por um ponto comum de fato ou de direito”. (Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de direito processual civil*, 2. ed., p. 167).

27. Lei 8.078/1990, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: [...], IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

28. Cf. Geraldo Ataliba, *Hipótese de incidência tributária*, 6. ed., p. 54 *et. seq.*

29. Cf. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 7-10; Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 26-27; Paula Sarno Braga,

Ali onde o enunciado do art. 103 do CPC, com o intuito de definir a conexão entre demandas, diz *causa de pedir*, a referência é a *fato concreto*, *fato impondível*, *fato jurídico*; já quando, na primeira parte do inciso IV do art. 46, menciona-se *afinidade por ponto comum de fato*, a alusão é a *fato descrito no enunciado normativo* (como condição para a incidência da norma), *figura típica*, *hipótese de fato*, *fattispecie*, *hipótese de incidência*, etc.

De igual modo, quando a parte final do inciso IV do art. 46 menciona *afinidade por ponto comum de direito*, a referência aí, evidentemente, não é a um *direito subjetivo*, a um ativo patrimonial concretamente existente; não se reporta, pois, ao produto da incidência de uma norma sobre o patrimônio ou sobre a “esfera de direitos” de alguém, mas a um *tipo de direito*; não, por exemplo, à “propriedade de José sobre a fazenda Alvorada”, mas ao *direito de propriedade* pura e simplesmente, tal como disciplinado nos arts. 1228 e seguintes do Código Civil.<sup>30</sup>

Posta nesses termos, a diferença entre uma e outra dessas espécies de vínculos entre demandas resulta – queremos crer – suficientemente clara.

### 3.4. Conexão por identidade: insuficiência desse critério

Pela literalidade do art. 103 de nosso Código, a qualidade da relação lógica entre causas de pedir remotas ou entre pedidos mediatos de duas ou mais demandas, capaz de estabelecer conexão entre elas, é a *identidade*.

Diz a lei que se reputam conexas duas ou mais ações quando lhes for *comum* a causa de pedir ou o pedido. O adjetivo ‘comum’, aí empregado, indica igualdade,

“Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência”, In *RePro* n. 148, p. 295 *et. seq.*

30. Embora reconheçamos que a maior parte da doutrina não faz (ao menos não explicitamente) a distinção entre *afinidade por ponto comum de fato* e *afinidade por ponto comum de direito* nos termos acima estabelecidos, a generalidade dos exemplos por ela fornecidos acaba por corroborar o exposto. Vejamos alguns deles, ilustrativamente, a começar por estes, fornecidos por Dinamarco (o segundo deles, com arrimo na obra de Chiovenda): “No litisconsórcio de inúmeros servidores litigando contra o Estado para obtenção de determinada vantagem funcional é ponto comum de direito a norma legal de que extraem a fundamentação do pedido de cada um; no litisconsórcio passivo entre vizinhos que, sem prévio concerto, introduziram animais no pasto alheio o dano causado por todos eles é o ponto comum de fato”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, 8. ed., p. 102-103). Ovídio A. Baptista da Silva menciona a “ação de cobrança de encargos condominiais proposta pelo administrador do condomínio contra dois ou mais condôminos” como exemplo de demanda que veicule pretensões afins. Não especifica, contudo, o tipo de afinidade de que o exemplo trata. (Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, 5. ed., p. 265, v. 1). Também dessa forma, Calmon de Passos exemplifica com “a ação de vários inquilinos de um prédio de apartamentos para redução de aluguéis, com fundamento num mesmo dispositivo legal ou contratual”. (José Joaquim Calmon de Passos, *Op. cit.*, p. 47).

ainda que parcial, entre os elementos objetivos e concretos das demandas em contraste.

Não faltam, porém, críticas fundadas e contundentes à dicção legal, censurando-a por incompleta e assim incapaz de denotar todas as hipóteses em que se afigure presente aquele vínculo entre demandas.<sup>31</sup>

Convenhamos: a lei não chega a dar uma *definição* do fenômeno, não diz *o que é a conexidade*, limita-se a afirmar uma situação (*identidade* de causas de pedir remotas ou de pedidos mediatos) na qual aquele tipo de liame entre demandas ocorre. Faz isso como se em nenhuma outra hipótese pudesse existir conexão, no que resulta infirmada por exemplos de sobra.

Em torno desses exemplos, achadiços na jurisprudência e em diversas passagens doutrinárias, invocam-se – de maneira um tanto vaga e imprecisa – lemas como “conexão por prejudicialidade”, “conexão em razão da relação de direito material deduzida em juízo”, “conexão em decorrência da necessidade de se formar uma convicção única sobre o mérito”, etc. Sabe-se que a conexão está ali, em algum lugar, perdida no espaço entre as demandas e a vinculá-las uma à outra. Percebe-se intuitivamente que as soluções de determinadas demandas não devem ocorrer em separado, desvencilhando-se os respectivos julgamentos, sob o risco palpável de resultarem disso decisões incompatíveis, inconciliáveis. Não há, entretanto, o cuidado de se apontar – a partir de uma análise dos elementos objetivos e concretos das demandas comparadas – onde estariam e no que exatamente consistiriam aqueles vínculos, geradores da necessidade de se formar um julgamento único ou (quando impossível este) fomentadores de julgamentos coordenados sobre aquelas.

31. Nossa doutrina é praticamente unânime ao salientar as inegáveis limitações do art. 103 do Código, francamente inspirado na teoria clássica, de Matteo Pescatore, sobre o tema. Barbosa Moreira, ao discorrer sobre o uso que alguns processualistas italianos fazem dessa teoria, destaca que “se *nominalmente* [ela] repercutiu com certa intensidade na ciência processual italiana, a leitura atenta das obras dos escritores que lhe rendem tributo permite verificar sem dificuldade quão longe ficam eles de guardar-lhe fidelidade estrita. Embora aceitem a fórmula da identidade parcial de elementos quando ministram a noção de conexão, pouco demoram a extravasar-lhe dos limites, logo que passam ao estudo analítico dos casos.” (José Carlos Barbosa Moreira, *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 111). O mesmo fenômeno – continua – existe entre processualistas brasileiros: “São poucos os escritores que, ao versarem a matéria, observam escrupulosamente os lindes conceptuais traçados no texto legal. A maioria, preste embora homenagem ostensiva à noção de conexão baseada sobre a identidade parcial dos elementos a que alude o art. 103, termina por dilatar os contornos da figura, reconhecendo a ocorrência de conexidade entre as causas que não têm o mesmo objeto nem o mesmo fundamento.” (*Idem, ibidem*, p. 125). Com todo o acerto, Moacyr Amaral Santos entende que “na doutrina de Pescatore não se acha toda a teoria da conexão. Ainda haverá outras hipóteses de conexão, mas que não estão suficientemente sistematizadas.” (Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 15. ed., p. 255-256, v. 1). Em sentido análogo: Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao código de processo civil*, 9. ed., p. 465, v. 1; Olavo de Oliveira Neto, *Op. cit.*, p. 62.

Tomemos de empréstimo as palavras de Arruda Alvim: “o fato, porém, de se dizer que duas causas são conexas e que as decisões, separadamente proferidas, possam colidir, recomendando-se por isso a respectiva reunião, não nos fornece, em rigor, solução definitiva ou satisfatória. O cerne do problema consiste justamente em, analisando-se as duas causas, através da decomposição de seus elementos constitutivos, concluir-se quando é que pode realmente ocorrer essa contrariedade parcial de decisões”.<sup>32</sup>

A tarefa sequer é árdua, os lógicos já a cumpriram por nós. Basta que aceitemos sua contribuição e saibamos aproveitá-la.

### 3.5. Conexidade por oposição

Como se sabe, o juiz não julga diretamente fatos (eventos), mas proposições sobre fatos (linguagem). A causa de pedir remota não é exatamente o “fato constitutivo do direito do autor”, mas a “alegação de um fato constitutivo do suposto direito do autor”; assim como o pedido mediato não é um “bem da vida”, mas o ato de fala (novamente, linguagem) por meio do qual se *postula* a recepção de determinado bem ou utilidade. A rigor, o juiz não conhece a “lide”, jamais a resolve (se a houvesse resolvido, não teria então agido como juiz, talvez como conciliador, e ninguém o importunaria, levando-lhe informações e pedidos a respeito de uma disputa já solucionada). O juiz conhece da lide, isto sim, aquilo que lhe dizem autor e réu, bem como testemunhas, peritos, etc.

A demanda e seu “mérito” – isto é uma obviedade – não passam de *linguagem* a propósito da qual se espera a manifestação de nova *linguagem*, a ser produzida pelo juiz quando, ao fim do processo, prestar tutela jurisdicional.

Nessa linha, aquilo que se convencionou chamar “objeto do processo” consiste em um conjunto de *proposições* relacionadas por determinado tema (a aplicação, à espécie dos autos, de uma norma jurídica de direito material) e preordenadas ao fim de se resolver a “crise de direito material” (*i.e.* a não observância espontânea, pelo destinatário, da conduta que lhe é prescrita pela norma cuja aplicação se pleiteia).

Assim compreendida aquela ideia (de “objeto do processo”), demais conceitos que lhe são correlatos ganham a mesma dimensão. As demandas e seus elementos identificadores, por exemplo, não passam de *proposições*: afirmações, negações, argumentos e mais argumentos, pedidos e mais pedidos, eis do que se trata a matéria-prima de que é feita o processo.

32. José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*, p. 244, v. 2. No mesmo sentido: Francisco Manoel Xavier de Albuquerque, *Aspectos da conexão*, p. 17.

No que concerne especificamente às causas de pedir, para o que interessa ao estudo das relações de conexidade entre demandas, trata-se de *proposições descritivas* de fatos, afirmativas ou negativas, passíveis, portanto, de serem *verdadeiras* ou *falsas*.

É na possível interferência do conteúdo de uma dessas proposições sobre a veracidade de outra que residem as relações de *conexidade por oposição*. Em lógica, relacionam-se por oposição “[...] *duas proposições*, uma afirmando e outra negando o *mesmo predicado do mesmo sujeito*”<sup>33</sup>. Essa sorte de relações é tal que nos permite, conhecendo a veracidade ou a falsidade de uma das proposições contrastadas, inferir algo sobre a veracidade ou sobre a falsidade da outra, segundo determinadas regras.<sup>34</sup>

Vejamos que regras são essas, que nos permitem inferências imediatas e absolutamente seguras sobre a veracidade ou sobre a falsidade (valor verdade) de determinada proposição. Elas assomarão claras quando, nos tópicos seguintes, nos pusermos a analisar – uma por uma – as quatro espécies de relações de oposição existentes entre proposições e, assim, entre as causas de pedir de demandas conexas. Vejamo-las.

### 3.5.1. *Contradição*

A relação entre proposições (causas de pedir) contraditórias é tal que da veracidade de uma se infere a falsidade da outra e reciprocamente.

33. Alaôr Caffé Alves, *Lógica: pensamento formal e argumentação* (elementos para o discurso jurídico), 2. ed., p. 240.

34. “[...] podemos tirar a verdade ou a falsidade de uma ou de outra, de conformidade com *as leis da oposição*”. (*Idem, ibidem*, p. 240). Não surpreende que diversos processualistas já tenham intuído a existência desse outro tipo de relações de conexidade entre demandas. Como diria Cogliolo, tais relações podem ser “sentidas” ou percebidas pela razão, muito embora a explicitação de seus termos exija algum labor analítico. Percebeu-o claramente Carnelutti, que enxergava na comunhão de *questões* entre lides o sinal distintivo das relações de conexão entre elas. Suas palavras: “La identità delle questioni non ha che fare con la identità della lite. [...] secondo la identità delle questioni si misura la convenienza di trattare due o più liti nel medesimo processo, in che sta il pregio della nozione giuridica della connessione. Ora vi possono essere liti somiglianti (a elementi comuni), le cui questioni differiscono affatto, come vi possono essere liti connesse (a questioni identiche), le quali non si somigliano punto (non hanno alcun elemento comune). Se mi fosse lecito il paragone, direi che la connessione consiste nella parentela, non nella somiglianza tra due o più liti; questa può tutt’al più costituire un índice di quella” (Francesco Carnelutti, *Lezioni...* cit., p. 28, v. 4). Sugestivamente (embora sem maiores preocupações analíticas), Proto Pisani e Fazzalari falam de uma “conexão por incompatibilidade” entre os elementos das demandas. Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3. ed., p. 375; Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 8. ed., p. 325. Entre nós, há muito, Paulo Emilio de Andrade Vilhena já afirmava existente uma relação de conexidade pelas *causæ excipiendi* das demandas. Cf. Paulo Emilio de Andrade Vilhena, “Conexidade pela causa excipiendi e individuação da causa”, In *RT*, p. 29, v. 395.



É o que sucede normalmente entre as causas de pedir de uma execução e de sua respectiva ação de impugnação (e.g.: impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, ação anulatória, etc.).

Tomemos como exemplo uma demanda executória fundada em título extrajudicial. Sua causa de pedir, entre outras coisas, afirma a *existência* de uma dívida de responsabilidade do executado. Imaginemos agora que o executado, por meio de embargos à execução ou ação autônoma de impugnação, afirme não existir a dívida (por exemplo, por reputar falsa a assinatura atribuída a ele no contrato que figura como título extrajudicial).

Temos então, nas causas de pedir da execução e da correlata ação impugnativa, as proposições  $p$  e  $\sim p$ , segundo as quais (i) a dívida  $x$  existe e (ii) a dívida  $x$  não existe.

Ora, em sendo verdadeiro o que o executado afirma, inferimos de imediato que é falsa a *causa petendi* da demanda executória (isto é: não há a propalada dívida de responsabilidade daquele). Ao revés, em sendo falsa a afirmação feita pelo executado, então a assinatura no contrato é sua e resultam verdadeiras a celebração deste e a contração do débito  $x$  (a não ser que haja alguma outra razão para considerar-se inexistente a dívida, hipótese com a qual – apenas para efeito de raciocínio – aqui não trabalhamos).

Como facilmente se nota, entre proposições contraditórias a falsidade ou a veracidade de uma delas desvela imediatamente o sinal inverso da outra. Se a primeira for verdadeira a segunda é necessariamente falsa e se aquela for falsa esta é necessariamente verdadeira, *alterum non datur*.

### 3.5.2. *Contrariedade*

Como ensina Lefebvre, “de duas proposições *contrárias*, se uma é verdadeira, a outra é falsa. Mas, se uma é falsa, não se pode concluir nada sobre a outra. Se é falso que todo homem é louro, isso não prova nem que existam homens louros nem que nenhum homem seja louro”.<sup>35</sup>

Da mesma forma, em direito, se é verdadeiro que o imóvel  $x$  pertence exclusivamente ao autor “A” (afirmação contida em causa de pedir de demanda reivindicatória proposta por “A” em face do réu “R”), então é necessariamente falso que aquele imóvel pertença exclusivamente ao opoente “O” (afirmação contida

35. Henri Lefebvre, *Lógica formal / lógica dialética*, 2. ed., p. 150.

em causa de pedir de demanda de oposição proposta por “O” em face dos réus “A” e “R”). Se, porém, soubermos falsa a afirmação contida na *causa petendi* da demanda proposta por “A” (isto é, se soubermos que o imóvel *x* não lhe pertence) nada poderemos afirmar quanto à *causa petendi* da demanda de oposição, pois o imóvel bem poderá pertencer a “O” (hipótese em que resultaria verdadeira) como a “R”, a “Y”, a “Z”, etc. (hipóteses em que quedaria falsa).

Próprio das relações de contrariedade, portanto, é poder-se inferir a falsidade de uma das proposições contrastadas a partir da veracidade da outra.

### 3.5.3. Subcontrariedade

Tomemos uma vez mais as palavras do lógico francês: “de duas proposições *subcontrárias*, se uma é falsa, a outra é verdadeira. Mas, se uma é verdadeira, nada se pode concluir sobre a outra, que pode ser verdadeira ou falsa”.<sup>36</sup>

Imaginemos agora que o indivíduo “I” proponha, em face da ré “R1”, demanda declaratória de inexistência de união estável, em cuja causa de pedir afirme que, entre 2005 e 2011, não manteve com “R1” relação capaz de configurar aquele vínculo. Suponhamos ainda que o mesmo autor – “I” – proponha uma segunda demanda, agora em face da ré “R2”, pleiteando também nesta ação a declaração de inexistência de união estável, ao argumento, veiculado em sua causa de pedir, de que entre 2005 e 2011 não manteve com “R2” relação alguma.

Ora, podem perfeitamente ser verdadeiras ambas as proposições negativas (isto é, pode suceder que “I” não haja mantido – quer com R1, quer com R2, entre 2005 e 2011 – relação afetiva consistente em união estável); mas, da falsidade de qualquer das proposições formuladas à guisa de *causa petendi* das demandas, podemos de imediato deduzir que “I” efetivamente viveu em união estável, entre 2005 e 2011, com a respectiva ré (e que portanto não logrou estabelecer o mesmo vínculo com a ré da demanda oposta, não, ao menos, naquele idêntico período<sup>37</sup>).<sup>38</sup>

36. *Idem, ibidem*, p. 150. Nas palavras de Copi: “Diz-se que duas proposições são *subcontrárias* se não podem ser ambas falsas, embora possam ser ambas verdadeiras. A mesma teoria tradicional já citada sustentava que as proposições particulares que têm os mesmos termos sujeito e predicado, mas diferem em qualidade, são *subcontrárias*. Afirmava-se que as proposições *I* e *O* como: *I* – ‘Alguns diamantes são pedras preciosas’ e *O* – ‘Alguns diamantes não são pedras preciosas’ podem ser ambas verdadeiras, mas não podem ser ambas falsas e, portanto, devemos considerá-las *subcontrárias*”. (Irving M. Copi, *Introdução à lógica*, 2. ed., p. 147).

37. Afinal, consoante a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o vínculo caracterizador da união estável tem como uma de suas notas a *monogamia*. Trata-se, pois, de relação timbrada pela exclusividade. Relações concorrentes, paralelas ou plúrimas não são admitidas àquele título. Para uma análise mais detida do assunto, cf. Flávio Tartuce, *Manual de direito civil*, p. 1096-1097.

38. Esse bom exemplo nos foi fornecido pelos alunos do Curso de Mestrado em Direito Processual da UFES, Francisco de Aguiar Machado e Yuri Guerzet Teixeira.

Próprio das relações de subcontrariedade, enfim, é poder-se inferir a veracidade de uma das proposições contrastadas a partir da falsidade da outra. Dito mui grosseiramente: a subcontrariedade é o “inverso” da contrariedade.

#### 3.5.4. Subalternidade

A relação de subalternidade entre proposições apresenta dois termos: a proposição *subalternante* e a proposição *subalternada*. Segundo Bobbio, essa relação é tal que “[...] da verdade do primeiro [termo] (ou subalternante) deduz-se a verdade do segundo [termo] e não vice-versa, e da falsidade do segundo (ou subalternado) deduz-se a falsidade do primeiro e não vice-versa”.<sup>39</sup> O filósofo italiano exemplifica com permissões e obrigações. Ensina que toda obrigação contém implicitamente uma permissão (qual seja a permissão de realizar a conduta obrigatória, afinal, não faria sentido cogitarmos da obrigatoriedade de um comportamento se não nos fosse permitido realizá-lo)<sup>40</sup>. Assim, em sendo verdadeira a proposição segundo a qual é “obrigatório *x*”, então também o é a proposição segundo a qual “*x* é permitido” (pois tudo que é obrigatório é também, implicitamente, permitido)<sup>41</sup>. Por outro giro, em sendo falsa a proposição segundo a qual “*x* é permitido”, é necessariamente falsa aquela primeira, pela qual “é obrigatório *x*” (pois não pode ser obrigatório aquilo que sequer permitido é).

Vai-se, pois, por dedução, da veracidade da proposição subalternante à veracidade da proposição subalternada, que naquela está contida. Afinal, se a proposição subalternante for verdadeira como um todo, então uma sua parte (a proposição subalternada) também o será, necessariamente. No sentido inverso, infere-se por dedução a falsidade da proposição subalternante a partir da falsidade da proposição subalternada, afinal, se esta (parte daquela) for falsa, então aquela como um todo também o será, necessariamente.

Exemplifiquemos com as causas de pedir de uma demanda coletiva e de uma demanda individual. Na demanda coletiva (em que se pede, por exemplo, a cessação da poluição de um rio e a reparação genérica dos danos causados ao meio ambiente), o Ministério Público afirma como *causa petendi* que a ré – a indústria “T” – contaminou com dejetos radioativos um curso de água fluvial que banha três cidades do estado do Espírito Santo. Por seu turno, na causa de pedir da demanda

39. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10 ed., p. 84.

40. *Idem, ibidem*, p. 84.

41. “[...] es una de las leyes de subalternación deóntica: lo que es obligatorio está permitido (por ejemplo, si me obligan a pagar las deudas, me estará permitido pagarlas)”. (Ricardo A. Guibourg *et. alii.*, *Lógica, proposición y norma*, p. 131).

individual, o autor “A” reproduz a alegação formulada na demanda coletiva acima descrita e acrescenta que o rio em questão corta uma sua propriedade rural, com o que vários de seus animais beberam da água contaminada e morreram (pede, com base nisso, a respectiva indenização pelos danos sofridos).

Como se vê, a proposição que figura como *causa petendi* da demanda individual (subalternante) contém aquela que serve como *causa petendi* da demanda coletiva (subalternada). Da veracidade da proposição subalternante resulta necessariamente a veracidade da proposição subalternada; ao passo que da falsidade da proposição subalternada resulta necessariamente a falsidade da proposição subalternante, mas da falsidade da proposição subalternante não se conclui coisa alguma sobre o valor da proposição subalternada, assim como nada se pode inferir quanto àquela a partir da veracidade desta.

De um modo geral, os vínculos que a ciência processual costuma identificar como relações de prejudicialidade entre demandas consistem, do ponto de vista lógico, em relações de subalternação.

### 3.6. Identidade ou oposição parcial

Dos exemplos figurados e com base em tudo quanto foi dito até aqui, podemos afirmar serenamente que os laços de conexão não exigem – como bem o nota a doutrina<sup>42</sup> – *identidade* ou *oposição* total entre os elementos objetivos e concretos das demandas contrastadas. Basta – dizem com razão – a identidade parcial entre as causas de pedir remotas dessas demandas, ao que acrescentamos (sem desnaturarmos a lição) que também basta a oposição parcial entre elas para que resultem conexas.

### 3.7. A conexão e seus efeitos

Também parece claro, a essa altura, que a conexão não passa de uma dessas relações lógicas (de identidade ou de oposição) entre os elementos objetivos e

42. “Dificilmente ocorre a completa e integral coincidência entre duas ou mais causas de pedir, presentes em duas ou mais demandas. Na grande maioria dos casos, os fatos são comuns entre elas até certo ponto da narrativa, diferenciando-se em seguida. São conexas as demandas de duas pessoas que alegam haver sofrido danos no mesmo acidente automobilístico, porque ambas invocam um só evento concreto, causador de danos a ambas; mas o dano concreto que cada uma sofreu não é o mesmo suportado pela outra, pois cada uma delas tem a sua história e não coincidem os modos como cada uma ficou lesada nem a natureza ou valor do dano sofrido. Daí falar a doutrina italiana em *identidade parcial de títulos*, que é suficiente para produzir a conexão entre demandas”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 150, v. II). No mesmo sentido: Egas Dirceu Moniz de Aragão, “Conexão e triplíce identidade”, In *RePro* n. 29, p. 55.

concretos de duas ou mais demandas. Demandas são conexas uma à outra pelo mero fato de existir entre elas algum daqueles vínculos lógicos. A conexão ou conexão, portanto, é uma *relação*; não se confunde com qualquer de seus efeitos, que variarão conforme o tratamento normativo que se der ao tema.

Assim, a depender do caso, da conexão deverá resultar como efeito (i) a reunião das demandas em *simultaneus processus* (CPC, art. 105); (ii) a suspensão da demanda prejudicada para o aguardo do julgamento a ser proferido quanto à prejudicial (CPC, art. 265, IV, §5º); (iii) a suspensão das demandas individuais, a pedido dos respectivos autores, para o aguardo do julgamento a ser proferido na demanda coletiva *subalternada* (CDC, art. 104); (iv) nenhuma das consequências anteriores, na hipótese de uma das demandas já haver sido sentenciada (enunciado n. 235 da súmula do STJ)<sup>43</sup>; etc.

É preciso cuidado, pois, para não se usar o signo ‘conexão’ como significativo do ato ou do efeito de “conectar” (isto é, *reunir* em um só processo) duas ou mais demandas ou dois ou mais recursos. Tal uso, além de incompatível com a carga semântica por séculos atribuída ao verbete ‘conexão’ (no específico jogo de linguagem da ciência processual), não poderia ser mais pernicioso, afinal, instaura desnecessária ambiguidade entre uma *causa* e seu respectivo *efeito*, razão pela qual devemos evitá-lo a todo custo.

#### 4. TESTE PARA A AFERIÇÃO DA CONEXIDADE EM CASOS CONCRETOS

Um teste muito simples permite a detecção de *qualquer* espécie de conexão entre demandas (quer se trate de conexão por identidade, quer se trate de conexão por oposição, em qualquer de suas modalidades: contradição, contrariedade, subcontrariedade e subalternidade).

Basta indagar se duas demandas podem ser julgadas: (i) *simultaneamente procedentes*; (ii) *simultaneamente improcedentes* e, por fim, (iii) *uma procedente e a outra improcedente*. Resposta negativa a qualquer desses quesitos denunciará a existência de algum daqueles vínculos estudados.

Afinal, *não podem ser simultaneamente procedentes* causas de pedir entre si *contraditórias* ou *contrárias*, como *não podem ser simultaneamente improcedentes* causas de pedir entre si *contraditórias* ou *subcontrárias*; por fim, *não podem ser*

43. Súmula de jurisprudência do STJ, enunciado n. 235: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

*alternadamente procedente e improcedente causas de pedir idênticas* ou – *nesta ordem – causas de pedir subalternante e subalternada*, assim como *não podem ser improcedente e procedente causas de pedir idênticas* ou – *nesta ordem – causas de pedir subalternada e subalternante*.

O quadro está fechado: as perguntas acima esgotam as variações possíveis em tema de *identidade* ou de *oposição* entre proposições (ao que nos interessa, entre causas de pedir remotas).

Assim, em suma<sup>44</sup>, respondidas positivamente as três perguntas, é certo que não existirá conexão de espécie alguma entre as demandas contrastadas; ao revés, bastará que uma daquelas indagações receba resposta negativa para com isso diagnosticarmos – seguramente – alguma sorte de conexão.

## **5. MARCHAS E CONTRAMARCHAS NO PROJETO DE NOVO CPC (À GUIA DE CONCLUSÃO)**

No anteprojeto do novo código de processo civil elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, o fenômeno da conexão ganhava tratamento mais abrangente e mais interessante do que aquele que lhe é dado pelo art. 103 do Código vigente.<sup>45</sup>

De fato, o art. 40 do anteprojeto enunciava: “consideram-se conexas duas ou mais ações, quando, decididas separadamente, gerarem risco de decisões contraditórias”, ao passo que o parágrafo único daquele dispositivo frisava (a nosso ver, um tanto desnecessariamente, mas com o claro propósito de eliminar qualquer dúvida) aplicar-se o disposto no *caput* à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativas ao mesmo débito.<sup>46</sup>

Dessa redação (embora uma primeira e açodada leitura possa não o sugerir), obtemos muito mais do que um mero retorno à velha doutrina da *convicção*

44. Pelas limitações deste artigo, não podemos nos aprofundar quanto ao ponto. Para uma análise mais detida, tomamos a liberdade de remeter ao nosso *Conexidade e efetividade processual*, p. 135-143.

45. Segundo o próprio Min. Fux: “Alguns institutos básicos foram revisitados pelo novo código no afã de redefini-los em atenção à criação jurisprudencial. Assim é que se concebeu a conexão de causas de forma simples, como o fenômeno que impõe a reunião das ações propostas em separado, toda vez que houver a possibilidade de decisões inconciliáveis ou contraditórias”. (Luiz Fux, “O novo processo civil”, In Luiz Fux (coord.), *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*, p. 15).

46. Anteprojeto de novo CPC, art. 40: “Consideram-se conexas duas ou mais ações, quando, decididas separadamente, gerarem risco de decisões contraditórias”. Parágrafo único: “Aplica-se o disposto no *caput* à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativas ao mesmo débito”.

*única*. Afinal, havia no texto clara referência a uma relação de oposição entre demandas, o que nos remete diretamente à problemática – que em parte o próprio dispositivo resolvia – de se saber quando ou em que hipóteses surgirá o risco de decisões inconciliáveis entre demandas, a denunciar a existência de algum tipo de conexão entre elas.

Bastaria, no caso, uma autorizada interpretação extensiva para – tomando a espécie pelo gênero – enxergarmos algo como “risco de decisões incompatíveis sobre demandas fundadas em causas de pedir *idênticas* ou *opostas*”, ali onde se lia “risco de decisões contraditórias”.

A redação do anteprojeto, portanto, se aproximava daquilo que consideramos um conceito ideal ou completo para o fenômeno *sub examine*.

Não obstante, durante a tramitação do projeto apresentado ao Senado Federal, reenumerou-se o dispositivo atinente à conexão e mudou-se inteiramente a redação que o anteprojeto lhe dava, para repetir-se – agora no *caput* do art. 55 – a mesma fórmula incompleta e insuficiente, que desde 1973 habita o art. 103 de nosso Código e há muito é alvo de críticas tenazes e pertinentes por parte da doutrina.

Eis como ficaram as redações da cabeça do mencionado artigo e dos parágrafos que lhe seguem: art. 55 – “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”. Parágrafo primeiro: “na hipótese do *caput*, os processos serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já tiver sido sentenciado” [acréscimo salutar, por incorporar ao texto da lei o entendimento consagrado no enunciado 235 da súmula do STJ]. Parágrafo segundo: “aplica-se o disposto no *caput* à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativas ao mesmo negócio jurídico” [redação praticamente idêntica à do parágrafo único do art. 40, do anteprojeto].

Do cotejo entre o texto do art. 40 do anteprojeto e a direção que o tema vai ganhando no Senado Federal (art. 55 e parágrafos do substitutivo relatado pelo Excelentíssimo Senhor Senador Valter Pereira), ficamos com a nota amarga de um indisfarçável retrocesso.

Com o art. 55 e seus parágrafos, o substitutivo avança pouco ou nada em relação ao texto – ampla e notoriamente criticado – do art. 103 do Código vigente. Embora ainda não nos parecesse ideal, era relativamente segura e decerto mais extensa em seu campo denotativo a redação dada pela comissão de juristas ao *caput* do art. 40 do anteprojeto, por ela elaborado. Solução muito melhor, sem dúvida, do que aquela de remendar-se a lei para, quase quarenta anos depois,

dizer praticamente o mesmo que – sob todas as conhecidíssimas invectivas – o Código atual já diz.

Por fim, qualquer que seja a opção do legislador, ele jamais conseguirá sobrepujar a lógica. A conexidade, portanto, é e continuará a ser (enquanto a situarmos em algum ponto entre a total igualdade e a completa diferença entre as demandas contrastadas) a existência de uma relação lógica de *identidade* ou de *oposição* entre os elementos objetivos e concretos daquelas.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. *Aspectos da conexão*. Tese (cadeira de Direito Judiciário Penal) – Faculdade de Direito. Manaus: Faculdade de Direito do Amazonas, 1956.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação (elementos para o discurso jurídico)*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 1972. v. 2.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*. São Paulo, 1967.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.
- BARBI, Celso Agícola. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.
- BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência”. In *RePro* n. 148. São Paulo: RT, 2007.
- BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. 1973.



- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Do litisconsórcio no código de processo civil*. Salvador, 1952.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1986. v. 4.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Do litisconsórcio*. São Paulo, 1968.
- COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*. Torino: Fratelli Bocca, 1883. v. 1.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.
- FIGUEIREDO FERRAZ, Manoel Carlos de. *Notas sobre a competência por conexão*. São Paulo: Saraiva & Cia. 1937.
- FUX, Luiz. “O novo processo civil”. In FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. t. I.
- GUIBOURG, Ricardo A. *et. alii. Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal / lógica dialética*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. “As três figuras do litisconsórcio”. In *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

- MANDRIOLI, Crisanto. “Riflessioni in tema di *petitum* e di *causa petendi*”. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1984. n. 3.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1962. v. III.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1960. v. 2.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 3. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1884. v. I.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MILLER, Arthur *et al.* *Civil procedure: cases and materials*. 7. ed. Saint Paul: West, 1997.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Conexão e tríplice identidade”. In *RePro* n. 29. São Paulo: RT, jan.-mar. 1983.
- NEVES, Celso. “Notas a propósito da conexão de causas”. In *RePro* n. 36. São Paulo: RT, out.-dez. 1984.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.
- PARÁ FILHO, Tomás. “Conexão de causas (verbete)”. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 17.
- \_\_\_\_\_. *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*. São Paulo, 1964.
- PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale (nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale, con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario)*. Torino: UTET, 1864. v. 1.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto procesuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- RENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1937.
- REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
- ROCHA, José de Moura. *A competência e o novo código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: RT, 2006.
- SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007.

- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- TARZIA, Giuseppe. “Conessione di cause e processo simultaneo”. In *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1989.
- VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. “A conexão no código de processo civil brasileiro”. In *Revista de direito processual*. São Paulo: Saraiva, jul.-dez. 1960. v. 2.
- VILHENA, Paulo Emílio de Andrade. “Conexidade pela *causa excipendi* e individualização da causa”. In *RT* n. 395. São Paulo: RT, 1968.



## IV

# DECISÕES JURÍDICAS A PARTIR DOS MÉTODOS DA FENOMENOLOGIA DA PERCEPÇÃO DE MERLEAU-PONTY E DA REDUÇÃO EIDÉTICA DE HUSSERL

*Carlos Renato Oliveira Mendes*

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Administração pela UFBA. Administrador de Empresas. Advogado.

**RESUMO:** O presente artigo visa a estabelecer de forma hipotética a adequação de critérios na tomada de decisão jurídica em casos que envolvem avanços científicos notadamente no campo da Bioética. Para tal adequação, foram analisadas, de maneira sucinta, a fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty, a proposição da redução eidética de Edmund Husserl, passando pelo princípio da imparcialidade do juiz e ainda, a quebra de paradigmas de Thomas Kuhn. Desse modo, passeia pela formação do modo de decidir dos juristas, pontuando a necessidade do embate de ideias, a diferenciação entre conhecer e compreender o objeto a ser julgado e, em seguida verifica como métodos de pesquisa filosóficos podem influenciar no campo do Direito. Nessa medida, se apresenta a proposta da fenomenologia trazida por Husserl como uma forma de adequar o processo de decisão em pontos específicos dos debates jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Princípio da Imparcialidade; 2. Fenomenologia; 3. Bioética; 4. Processo decisório; 5. Redução eidética.

**ABSTRACT:** This article aims to establish the suitability of hypothetical form of criteria in decision making in legal cases involving scientific advances especially in the field of bioethics. For this adaptation were analyzed, so succinctly, the Phenomenology of Perception Merleau-Ponty, the proposition of Edmund Husserl's eidetic reduction, through the principle of impartiality of the judge and also a shift in paradigm Thomas Kuhn. Thus, the formation of the walk way to decide the lawyers, pointing out the need of the clash of ideas, the distinction between knowing and understanding the object to be judged, and then examines how research methods can influence the philosophical field of law. As such, it presents the proposal brought by Husserl's phenomenology as a way to adapt the decision-making at specific points on the legal debates.

**KEYWORDS:** 1. Principle of Impartiality; 2. Phenomenology; 3. Bioethics; 4. Decision making; 5. Eidetic reduction.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Métodos fenomenológicos e a influência no Direito; 2.1. A fenomenologia de Merleau-Ponty e a percepção do magistrado; 2.2. Redução eidética de Husserl nas decisões jurídicas; 2.3. Harmonia dos métodos – a influência de Cossio – 3. Aspectos culturais e a compreensão do direito – 4. Quebra de paradigmas no processo decisório – 5. Conclusão – 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estabelecer de forma hipotética a adequação de critérios na tomada de decisão jurídica em casos que envolvem avanços científicos notadamente no campo da Bioética. Para tal adequação, foram analisadas, de maneira sucinta, a fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty, a proposição da redução eidética de Edmund Husserl, passando pelo princípio da imparcialidade do juiz e ainda, a quebra de paradigmas de Thomas Kuhn.

Para a devida aplicação do referido princípio, cabe frisar a guarda constitucional da imparcialidade do magistrado por conta do art. 95 da Carta Magna em que se estipula garantias, vedações e proíbem, segundo o seu art. 5, XXXVII, juízos e tribunais de exceção.

Nessa mesma linha, consta na Declaração dos Direitos Universais do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a pertinente referência a necessidade de julgamentos sob tribunais independentes e imparciais.

De logo, saliente-se ainda que em um entendimento objetivo juiz neutro se difere de juiz imparcial, posto que a primeira espécie se fecha a qualquer influência ideológica e subjetiva, se demonstrando indiferente e insensível.<sup>1</sup>

Como pressuposto dessa imparcialidade averigua-se a necessidade de decidir de forma justa, mas, para tanto cabe ao magistrado buscar a maneira mais adequada para a resolução dos conflitos.

Após analisar situações emblemáticas que se situam no campo da Bioética, posto que traz conhecimentos científicos novos, urge uma postura diferenciada do juiz para o julgamento das lides contemporâneas. Observe-se que o próprio Ponty afirma:

“Se se admite chamar de juízo toda percepção de uma relação, e reservar o nome de visão à impressão pontual, então seguramente a ilusão é um juízo”<sup>2</sup>

Evidentemente que os avanços científicos estão em uma velocidade acima daquela em que o regramento jurídico pode alcançar no mesmo intervalo de tempo e, dessa forma, a legislação nem sempre prevê determinadas circunstâncias.

1. ALMEIDA, Patrícia Donati de. *Há diferença entre neutralidade e imparcialidade do juiz?* Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigo/20080825115541409\\_direito-processual-civil\\_ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20080825115541409_direito-processual-civil_ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz.html)> Acesso em: 30 jun. 2011.
2. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.64.

É nessa linha de entendimento, que o presente artigo passeia pela formação do modo de decidir dos juristas, pontuando a necessidade do embate de ideias, a diferenciação entre conhecer e compreender o objeto a ser julgado e, por fim, verifica como métodos de pesquisa filosóficos podem influenciar no campo do Direito. Kuhn apresenta a quebra de paradigmas e assim destaca:

“[...] E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas vêem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente. É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles se apregam objetos desconhecidos.”<sup>3</sup>

Nessa medida, se apresenta a proposta ousada da fenomenologia aduzida por Husserl como adequação no processo decisório em pontos específicos dos debates jurídicos que surgem ao longo dos anos. A redução eidética sugere, então, não a prática da dúvida cartesiana, mas um juízo diante do qual a existência individual do objeto perde seu interesse uma vez que o fundamento é a sua essência.

Chega-se com isso, na discussão acerca da definição de princípios para nortear questões acerca da vida, como a tratada no principlalismo da Bioética e permite averiguar como a busca pela essencialidade do objeto pode ser o caminho certo da justiça. Diante disso, busca-se a transposição dessas ideias fenomenológicas para o processo de formação das prolações decisórias no âmbito do Direito.

## **2. MÉTODOS FENOMENOLÓGICOS E A INFLUÊNCIA NO DIREITO**

### **2.1. A fenomenologia de Merleau-Ponty e a percepção do magistrado**

Inicialmente é relevante analisar o processo de formação das decisões dos magistrados no Brasil, que, passam, evidentemente, por valorações inerentes a cada ser humano e que dificilmente ficam totalmente excluídas das prolações decisórias.

O magistrado deve ser imparcial, mas, naturalmente não será neutro. A imparcialidade deve ser inerente a magistratura, todavia as percepções individuais de cada juiz não podem ser excluídas do contexto jurídico.

Nesse sentido, o presente Capítulo busca averiguar o ponto de encontro entre as decisões jurídicas e a Fenomenologia da Percepção aduzida por Merleau-Ponty.

3. KUNH, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 147.

Diante disso, verifica-se na obra de Ponty crítica ao Intelectualismo e ao Empirismo, na medida em que considera que tanto um como o outro não conseguem captar uma diversidade de nuances relativas a determinados objetos:

“A fraqueza do empirismo, assim como do intelectualismo, é não reconhecer outras cores senão as qualidades fixas que aparecem na atitude reflexiva, quando na percepção viva a cor é uma introdução à coisa.”<sup>4</sup>

Como se não bastasse, Ponty ainda completa argumentando que “é preciso perder esta ilusão, sustentada pela física, de que o mundo percebido seja feito de cores-qualidades”.<sup>5</sup> Logo, aquilo que é percebido pelo observador contém inúmeras substâncias e situações que apenas podem aparecer para aquele olhar e naquela posição.

Assim sendo, a percepção do magistrado sobre determinado conflito, embora deva ser imparcial, naturalmente terá influência do ponto de vista pelo qual ele se situa. Dessa maneira, Ponty afirma que “quem toca e apalpa não é a consciência, é a mão” e ainda faz referência a Kant para quem “a mão é um cérebro exterior do homem”.<sup>6</sup>

Por conta disso, vale frisar ainda a ideia trazida por Kant da qual aquilo que é anteriormente concebido para o ser racional, que não há controvérsias, será suficiente para a determinação geral da vontade, uma vez que existiriam leis práticas aplicadas para todos. Desse modo, Kant aduz:

“Admitindo-se que a razão pura possa conter em si fundamento prático, isto é, suficiente para a determinação da vontade, então existem leis práticas; mas, se não se admite isso, então todos os princípios básicos serão simples máximas.”<sup>7</sup>

Desse modo, não obtendo-se um fundamento prático, cada ser, individualmente, faria seu próprio juízo, de caráter subjetivo. Nesse ponto, cabe ainda aqui fazer referência a teoria moral do próprio Kant, qual seja o Imperativo Categórico, que é citada no livro de Darlei Dall’Agnol, que estabelece:

“O Imperativo Categórico é exatamente o princípio que estabelece se as máximas de ação, que são regras subjetivas do agir, podem ser consideradas leis práticas,

4. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.409.

5. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.409.

6. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.424.

7. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 27.



isto é, leis morais no sentido de um imperativo categórico que ordena uma ação como válida em si mesma”<sup>8</sup>

Sendo assim, o Imperativo Categórico é uma regra que engloba as demais, seria como a regra das regras, como um metaprincípio que justifica outros princípios, inclusive o princípio do direito.

Todavia, tais valorações universais não alcançariam determinadas situações pois dependem bastante da percepção do observador no caso concreto. Logo, retorna-se a Ponty para quem:

“O percebido não é necessariamente um objeto presente diante de mim como termo a conhecer, ele pode ser uma ‘unidade de valor’ que só me está presente praticamente.”<sup>9</sup>

Portanto, Ponty resgata as ideias oriundas do Empirismo e do Racionalismo, acrescentando um fato novo, qual seja, a influência dos aspectos sensoriais. Portanto, ganha evidência, mais uma vez que a percepção do indivíduo sobre o objeto, ou do juiz sobre a lide, tem influência no momento decisório.

Observe-se ainda que alguns dados e compreensões só estão claros para o sujeito ou grupo de pessoas sob o mesmo ângulo. O próprio Ponty pontua:

“Uma série de reduções intervêm a partir do momento em que levamos em consideração o sujeito que percebe. Em primeiro lugar, observo que este dado só existe para mim”<sup>10</sup>

Nessa esteira, tem-se que a partir da ilusão que só é percebida pelo indivíduo em determinadas circunstâncias, haja vista as influências sensoriais, irá se formar um juízo.

## 2.2. Redução eidética de Husserl nas decisões jurídicas

Diante do quadro exposto no capítulo anterior, quando fora tratado a questão relativa a percepção do observador sobre determinado objeto sendo correlacionado com o fato de que o magistrado, na mesma medida, também terá uma percepção única sobre aquilo que irá julgar.

8. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 91.

9. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.430.

10. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.435.

É nessa linha que chama a atenção o método proposto por Edmund Husserl para quem o termo “eidos” ganha relevância, uma vez que propõe fazer reduções fenomenológicas. Assim, Husserl sugere colocar todas as transcendências fora de circuito, tomando sobre o objeto tão somente a sua essência própria, abrindo-se, desse modo, um campo de conhecimentos eidéticos.

Portanto, no método fenomenológico de Husserl deve-se ter atenção à consciência doadora originária e o que realmente importa é o dado e não o que se encontra por trás desse fenômeno.<sup>11</sup> Isto posto, com a redução eidética, eliminar-se-ia as generalizações e buscar-se-ia a essência pura de um objeto determinado.

Assim sendo, a proposta de Husserl sendo transportada para o Direito de uma maneira singular, teria-se que conflitos em que se exige uma sensibilidade maior do magistrado para tratar do objeto em litígio seria pacificado com o método aqui apresentado e proposto por Husserl.

Discussões que envolvem a moral, a ética, a diversidade cultural pode ser reduzida a sua essência a fim de obter resultados e decisões mais acertadas. Debates que circundam a Bioética, por exemplo, podem ser simplificados na medida em que se averigua o *eidos*, uma vez que o cerne da discussão ficaria restrito ao que realmente é essencial no conflito.

A problematização que permeia a possibilidade de *manutenção* de uma vida através de determinados medicamentos, a *interrupção* ou não de uma gestação, independentemente do motivo alegado, a influência que terá essa ou aquela *conduta* para o meio ambiente, poderá ser definida a partir do instante que se coloca a verdadeira essência do objeto na pauta de discussões.

Posto dessa maneira, a forma mais plausível para o Direito decidir sobre tais dilemas será concentrar o foco da solução dos conflitos na *qualidade* em que sobreviverá um paciente, na existência ou não de *vida* intrauterina e na *preservação* do meio ambiente.

Assim sendo, se na Fenomenologia de Ponty existe o reconhecimento de que o observador terá uma visão exclusiva, tendo em vista que o dado só existe para quem o percebe, verifica-se que em Husserl a redução eidética poderá ser a porta para a resolução de conflitos tais como os da grandeza que envolvem, por exemplo, a Bioética.

11. HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.

Visto dessa forma, muitos dos estudos que envolvem a Bioética ainda são novos, todavia, alguns pensadores já buscaram definir soluções de conflitos por meio de princípios criados para reger as condutas morais que são confrontadas no campo da ética relativa a preservação da vida.

Dessa forma, a abordagem predominante acerca dos fundamentos da bioética, segundo Darlei Dall'Agnol, é conhecida como "princípioalismo" e acrescenta ao citar os eticistas Beauchamp e Childress que o sistematizou:

"[...] a bioética deveria ser pautada por quatro princípios básicos: respeito à autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça."<sup>12</sup>

Verifica-se, portanto, a tentativa de colocar princípios norteadores para a solução de conflitos que circundam a Bioética, o que se evitaria conflitos de cunho moral e éticos futuros. Todavia, o próprio Darlei faz uma crítica ao princípioalismo na medida em que tais regras possuem valor *prima facie* e aduz que "seria um erro, todavia, pensar que a vida moral deixa-se reduzir a princípios ou regras".<sup>13</sup> Acrescente-se, inclusive, a existência de outros princípios norteadores da Bioética oriundos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada em Paris, França, no ano de 2005, na sede da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO.

Nessa linha, averigua-se algumas críticas feitas por Darlei ao princípioalismo que passam pelo formalismo dos princípios, o seu generalismo, na medida em que não dariam conta de casos particulares e ainda a rigidez dos princípios que pretendem valer sempre.<sup>14</sup>

Darlei então sugere, no caso do princípioalismo para a Bioética, que deveria aceitar-se as regras universalizáveis pelo Imperativo Categórico tendo, contudo, um critério final que seria o consequencialista:

"A verdade é que ela deveria aceitar aquelas regras que são universalizáveis pelo Imperativo categórico simplesmente como deveres *prima facie*, mas que o critério último da correção e da obrigatoriedade seria o princípio consequencialista."<sup>15</sup>

Ou seja, para determinar qual norma básica aplicar do princípioalismo em determinado caso, tem-se que considerar os efeitos e os resultados do cumprimento daquela norma.

12. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.13-14.

13. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 56.

14. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 56.

15. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 149.

Contudo, o consequencialismo citado por Darlei pode parecer uma teoria cega, que não especifica o fim desejado, na medida em que qualquer consequência aprovável poderia ser buscada<sup>16</sup>. Assim, sugere Darlei, deve-se cuidar de inserir no consequencialismo como fim a ser alcançado à preservação da vida:

“A forma de superar essa dificuldade na bioética é introduzir a criação e manutenção da vida como fim a ser buscado. É isso que poderia significar bioconsequencialismo.”<sup>17</sup>

Desse modo, tem-se que as discussões acerca da Bioética e as críticas ao principialismo de Darlei com a proposta trazida pelo bioconsequencialismo que tem a vida como fim a ser buscado, muito se assemelha com a redução eidética de Husserl anteriormente mencionada.

O caminho da busca pela essência do objeto das lides jurídicas parece ser uma trilha viável para muitas das questões que chegam aos Tribunais, mas que carecem de uma solução pacífica e adequada aos casos particulares.

### **2.3. Harmonia dos métodos – a influência de Cossio**

No livro de Carlos Cossio, “La valoración Jurídica y La Ciencia del Derecho”, o autor destaca a relevância da aplicação dos métodos interpretativos para o juiz compreender o sentido da lei que será aplicada ao caso concreto.

Cossio sugere a adequação objetiva entre determinado método e o respectivo objeto, averiguando a esfera de influência e a correspondência entre método e objeto:

“En esta adecuación objetual de los métodos interpretativos, que hasta ahora jamás se había estudiado, radica el principio general de solución de nuestro problema.”<sup>18</sup>

De acordo com pensamento de Cossio a questão passa a ser de legitimar cada um dos métodos envolvidos e para tanto deve haver um princípio maior, qual seja, a valoração jurídica:

“Esse objeto privilegiado para la interpretación judicial de la ley y al que sólo se puede tratar con el Método dogmático, lo hallamos nosotros en la valoración jurídica. La valoración jurídica como supraordinación de síntesis metódica es, pues, el principio especial de solución de nuestro problema.”<sup>19</sup>

16. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 149.

17. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 149.

18. COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Arayú, 1954, p.5.

19. COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Arayú, 1954, p.6.

Nesse sentido, questões relativas a temas que envolvam a Bioética e áreas em que temáticas ainda sejam novas no campo das discussões jurídicas, o método proposto por Husserl no que diz respeito a redução eidética pode ser uma alternativa perfeitamente considerável.

Ainda no que diz respeito aos valores jurídicos, vale salientar passagem do livro *Acesso à Justiça* de Paulo Bezerra que o condiciona a um dos valores do homem:

“Dentre os valores que o homem busca realizar, estão aqueles que se convencionou chamar de valores jurídicos. Isso demonstra a existência de uma axiologia jurídica, ou seja, de uma teoria dos valores aplicadas ao direito.”<sup>20</sup>

Acrescenta ainda Bezerra trecho de Radbruch ao relacionar os valores com o direito nos seguintes dizeres: “o direito só pode compreender-se no círculo da conduta impregnada de valor.” E arremata transcrevendo:

“[...] o direito é um fenômeno cultural, é dizer, um elo relacionado a um valor. O conceito de direito só pode determinar-se como conjunto de dados, cujo sentido esteja na realização da idéia de direito.”<sup>21</sup>

Tem-se que colocar em tela, então, que a valoração jurídica envolve os aspectos culturais do homem e, por conseguinte, se evidenciará as implicações morais de cada ato decisório no campo do Direito.

### 3. ASPECTOS CULTURAIS E A COMPREENSÃO DO DIREITO

Observou-se até aqui as influências dos métodos fenomenológicos no campo jurídico, as implicações e os benefícios de sua utilização. Contudo, para sua adequada aplicação é relevante que se considere na pauta de discussões acerca da percepção sobre um objeto e o cerne de sua questão, a verdadeira compreensão daquilo que está sendo analisado.

Nesse sentido, ressalte-se novamente os aspectos culturais que o julgador está inserido, sob pena de não atingir a necessária compreensão de determinado ato, segundo enuncia Cárcova no livro *La opacidad del derecho* ao citar Zaffaroni afirmando que este:

20. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p.9.

21. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p.9.

“Piensa que el condicionamento cultural y su entidad están vinculados, em mayor o menor medida, com los respectivos contextos culturales escindidos. Cuanto mayor se ala separación, menor será la posibilidad de comprensión.”<sup>22</sup>

Nessa esteira de entendimento vale ainda um lançar de olhos que deve sair do observador do objeto analisado na fenomenologia e para a direção do próprio objeto:

“Será necesario analizar las características de cada caso, teniendo em cuenta las condiciones del sujeto, su grado de instrucción, el médio cultural al que pertenece, la actividad que desempeña, la co-culpabilidad, las circunstancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudência o de los reglamentos, la oscuridad de la ley, etc.”<sup>23</sup>

Isto pois, deve-se averiguar as circunstâncias em que o objeto está envolvido, em qual contexto ele se insere, uma vez que tais informações serão necessárias para a melhor percepção do julgador (observador).

Saliente-se, no entanto, que cada indivíduo não só tem planos de vidas diferentes, mas também, de acordo com John Rawls “existe uma diversidade de crenças filosóficas e religiosas, e de doutrinas políticas e sociais.”<sup>24</sup>

Assim, as valorações são de cunho individual na medida em que cada ser encontra-se num posição diferente do outro. Contudo, se considerarmos posições igualitárias, as percepções podem ser coincidentes. Segundo Darlei:

“[...] se nós valoramos algo como sendo bom, mau, agradável etc. considerando alguns dos seus traços naturais, então, dado um estado de coisas indêntico, *ceteris paribus*, ele *deve* ser avaliado do mesmo modo. Isto significa que noções valorativas dependem, são supervenientes, sobre as propriedades naturais.”<sup>25</sup>

Nessa perspectiva de posição idêntica dos indivíduos numa sociedade para se obter valorações razoavelmente equilibradas, pode-se inferir a necessidade da busca por uma condição de igualdade para se interpretar o objeto.

Isto posto, ganharia importância a ideia da posição original estabelecida por Rawls na qual se busca estabelecer um processo equitativo, de maneira que quaisquer princípios aceitos sejam justos. Para tanto, Rawls considera que as partes se situam atrás de um véu da ignorância.<sup>26</sup> Dito isto, o próprio Rawls explica sua teoria:

22. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trota, 1998, p. 79.

23. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trota, 1998, p. 79.

24. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 138.

25. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p.134.

26. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

“Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”<sup>27</sup>

Rawls ainda complementa com a suposição da qual as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares e segue:

“[...] ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades do seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia [...]”<sup>28</sup>

Assim sendo, infere-se que o véu da ignorância sugerido por Rawls seria uma alternativa, de acordo com sua concepção, para evitar conflitos de interesses na formação dos regramentos jurídicos que, por conseguinte, afetaria diretamente nas decisões no campo do Direito.

#### 4. QUEBRA DE PARADIGMAS NO PROCESSO DECISÓRIO

A partir das considerações feitas neste texto, tem-se que as formas de decidir são oriundas dos aspectos padronizados para o qual os juristas foram habituados a agir na esfera jurídica, por conta do meio social em que estão inseridos. Isto deve ser destacado posto que a realidade dos fatos podem sofrer fortes mudanças de realidade até então desconhecidas pelos operadores do Direito.

A proposta de Rawls, portanto, embora positiva e perfeitamente adequada para inúmeras situações jurídicas, não abrangerá certas mudanças de paradigmas, tendo em vista que alterações paradigmáticas ocorrem com certa frequência. No que diz respeito aos estudos da Bioética e seus avanços científicos, por exemplo, a postura do magistrado deve ser adaptável aos novos conhecimentos científicos que terminam por influenciar nas relações dos particulares.

O próprio Rawls ao idealizar o véu da ignorância supõe que “as pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem.”<sup>29</sup> Para esse autor as restrições mais amplas impostas ao conhecimento são apropriadas, em parte porque as questões da justiça social surgem dentro das gerações e entre elas, como a conservação de recursos naturais e ambientais.

27. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

28. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

29. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

É nesse esfera que Rawls enfatiza como a posição original irá influenciar também no exemplo dos aspectos referentes a Bioética e transpõe para o campo do Direito, quando aduz:

“Também existe, pelo menos teoricamente, a questão de uma *política genética* razoável. Nesses casos também, a fim de levarem adiante a idéia da posição original, as partes não devem conhecer as contingências que as colocam em oposição. Elas devem escolher princípios cujas consequências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam.” (Grifo aditado)<sup>30</sup>

Isto posto, inovações genéticas podem surgir, conflitos de interesse podem partir delas e ainda novas decisões jurídicas e regramentos poderão se fazer necessários devido a tais avanços científicos. É nesse aspecto que se derivam as necessidades de olhares renovados sobre o objeto em questão.

Eis, então, que averiguar de que forma as posições antagônicas contribuem para a formação do melhor entendimento, tendo em vista que não podem representar obstáculos. Nessa linha assevera Paul Ricoeur:

“Assim, a hermenêutica filosófica deve mostrar como é que a própria interpretação advém ao ser no mundo. Há primeiro que tudo o ser no mundo, depois o compreender, depois o interpretar, depois o dizer. O carácter circular deste itinerário não deve deter-nos.”<sup>31</sup>

Através do choque de pensamentos e ideias pode-se encontrar a solução dos problemas, uma vez que os enxergam mais de perto, sob diversos pontos.

Recorre-se aqui, outra vez, as ideias trazidas por Cárcova, pois este explica a necessidade de compreensão sobre determinado objeto, posto que o conhecimento sobre a coisa não é suficiente. Por vezes, pode-se conhecer determinadas normas ou formas de agir em um segmento da sociedade ou grupo social, todavia a compreensão dessas situações não são inerentes a elas:

“Para poder compreender uma valoración [la antijuricidad lo es] no basta com que podemoas conocerla, y ni siquiera basta com que tengamos conocimiento de la valoración [...] De esto se deduce claramente que la comprensión no es el mero conocimiento, sino una instancia superior.”<sup>32</sup>

Por tudo quanto aqui exposto, a fenomenologia da percepção tem relevância tendo em vista que o objeto terá uma significância de valores para o indivíduo que o observa e que nem sempre o compreende.

30. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

31. RICOEUR, Paul. *Conflito de interpretação: ensaio da hermenêutica*. Illinois: Jstor, 1975, p. 260.

32. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidade del derecho*. Madrid: Trota, 1998, p. 77



Nesse sentido, surge a ideia da quebra de paradigmas no modo de conhecer, avaliar e compreender determinada situação, por exemplo, juridicamente litigiosa.

No campo da Bioética, a observância dos avanços científicos é extremamente importante posto que terá repercussão em diversas disciplinas, notadamente no Direito.

O magistrado ao se deparar com situações novas, não previstas pelo ordenamento jurídico pátrio terá que decidir conforme os pressupostos estabelecidos pelos princípios, e os costumes. Contudo, determinadas circunstâncias terão um grau de influência maior sobre o aspecto íntimo do juiz, uma vez que é observador daquele objeto.

O jurista conhece a legislação e tem preconcebido seus entendimentos sobre essa ou aquela circunstância quando deparadas e questionadas no Direito. Ocorre que as alterações científicas trazem novas situações ainda não vivenciadas ou pensadas pelos operadores jurídicos e nem mesmo pelo Legislador. Do ponto de visto filosófico Kuhn trata da quebra dos paradigmas e acrescenta:

“Ao aprender um paradigma, o cientista adquire ao mesmo tempo uma teoria, métodos e padrões científicos, que usualmente compõem uma mistura inexplícita. Por isso, quando os paradigmas mudam, ocorrem alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade tanto dos problemas como das soluções propostas”<sup>33</sup>

Por consequência, em períodos de mudanças, quando se altera a tradição científica normal, a percepção que o cientista tem de seu meio ambiente também deve ser reeducada<sup>34</sup>, assim como o magistrado para as novas situações jurídicas que lhe são defrontadas.

Diante desse quadro, a determinação de um método para a formação de consciência e decisão no campo jurídico para as mais diversas situações ainda se apresenta como a solução satisfatória. Todavia, casos pontuais tais como os que são tangenciados pelos avanços científicos parece ser necessária a opção por um método plausível, tal como a redução eidética.

## 5. CONCLUSÃO

Do ponto de vista do observador, ou melhor, do juiz no Direito, apresenta-se a ideia do não estabelecimento de um único método para a tomada de decisão,

33. KUNH, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 144.

34. KUNH, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p.148.

pois para cada demanda um adequado modo de facilitar a compreensão poderá ser ajustada.

Dessa maneira, tem-se as propostas de Ponty (valorizando a percepção do objeto do ponto de vista de quem o vê), Husserl (que sugere uma redução eidética do objeto em busca da sua verdadeira essência) e de Rawls (que defende a ideia da posição original onde os membros da sociedade estariam sob um véu da ignorância antes de determinar o regramento jurídico) em confrontação na medida em que se interrelacionam.

Dito isto, pode-se averiguar como as ideias dos três autores podem circundar um mesmo embate, como, por exemplo, a discussão da interrupção de uma gravidez por opção materna. Por Ponty teríamos que entender o olhar daquela mãe, seus sentimentos/necessidades presentes e o modo como percebe a situação gestacional, se o feto é saudável, se tem condições sócio-econômicas de levar adiante a gestação ou decide pelo aborto do seu nascituro. Em Rawls, tal opção já estaria previamente definida posto que sob o véu da ignorância o ordenamento jurídico já teria definido a possibilidade (e em quais circunstâncias) ou não de tal escolha. E para Husserl, compreende-se que o importante neste processo decisório seria analisar o que é essencial naquela gestação e, portanto, a existência ou não de vida intrauterina a ser preservada.

No entanto, saliente-se o pensamento *a priori* para o qual, nos casos particulares que dizem respeito a situações que envolvam temas com abrangência moral numa sociedade de forma mais contundente como os relativos à Bioética o método defendido por Husserl parece mais apropriado.

Diga-se ainda que a fenomenologia de Ponty é de suma importância nos processos acalorados que envolvem a Bioética e servem, em nossa análise, como ponto de partida para se chegar a redução eidética de Husserl, uma vez que a busca pela essencialidade do objeto jamais será neutra, mas imparcial.

Cabe ainda citar passagem do livro de Darlei em que ele demonstra posicionamento semelhante quando afirma que questões bioéticas são demasiadamente vitais para se ter uma postura dogmática, fechada e irrefletida. Define ainda Darlei que há a necessidade de mais pesquisa empírica e reflexão filosófica para que possam ser melhor compreendidas.<sup>35</sup>

35. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p.196.

Ressalte-se que tal metodologia não fere o princípio da imparcialidade tendo em vista que o que busca é a solução justa e a decisão adequada a cada caso em seu particular e não a neutralidade do magistrado.

Com efeito, em situações de cunho moral que envolvam, por ilustração, debates que irão definir o modo mais adequado para cuidar das problemáticas referentes ao início, o meio e o fim da vida, fazer uma redução eidética se apresenta como o caminho mais acertado. Logo, o valor intrínseco da vida ganha evidência.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Patrícia Donati de. *Há diferença entre neutralidade e imparcialidade do juiz?* Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigo/20080825115541409\\_direito-processual-civil\\_ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20080825115541409_direito-processual-civil_ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz.html)> Acesso em: 30 jun. 2011.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trota, 1998.
- COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Arayú, 1954.
- DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KUNH, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RICOEUR, Paul. *Conflito de interpretação: ensaio da hermenêutica*. Illinois: Jstor, 1975.



## V

# A AUTORIDADE COATORA E O SUJEITO PASSIVO NO MANDADO DE SEGURANÇA: QUESTÕES VELHAS E NOVAS

*Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues*

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Professor convidado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Damásio de Jesus, Faculdade de Direito de Dracena, dentre outras instituições. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP. Coordenador do Grupo de Estudos “Direito Internacional dos Direitos Humanos e Acesso à Justiça”, vinculado à FIAET/PP. Juiz colaborador da American University College Of Law (Washington, EUA).

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto primordial resgatar tema que, desde sempre, tem gerado profunda controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial. Trata-se da perquirição de quem seja efetivamente a parte passiva no mandado de segurança. Em primeiro lugar, realça os contornos fundamentais do *mandamus*, de modo a identificar o problema e inseri-lo no âmbito normativo do processo civil, de onde haure toda sua sistematização. Num segundo momento, expõe uma visão panorâmica da discussão, ocasião em que são

analisados os principais posicionamentos – na doutrina e jurisprudência – sobre o assunto. Por fim, propõe a revisitação de antigos, bem como a apresentação de novos fundamentos prático-jurídicos relacionados à polêmica, tudo a fim de se sustentar seja parte passiva mandamental a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, e não esta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de segurança. Autoridade coatora. Pessoa jurídica de direito público. Parte passiva. Aspectos processuais.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações introdutórias: contornos gerais sobre o mandado de segurança e identificação do problema – 2. Panorama atual da controvérsia na doutrina e jurisprudência: uma primeira aproximação crítica – 3. O possível ponto final na discussão: fundamentos pela sujeição passiva da pessoa jurídica a que pertence o coator: 3.1. Despesas processuais e reflexos patrimoniais da ordem concessiva de segurança; 3.2. Substituição da parte e alteração da autoridade coatora no processo de mandado de segurança; 3.3. Legitimação recursal em sede mandamental; 3.4. Legitimidade ativa para o pedido de suspensão de segurança; 3.5. Coisa julgada e litispendência no processo mandamental: limites subjetivos; 3.6. Legitimação para ação rescisória de sentença mandamental; 3.7. Instrumentalidade do processo mandamental, indicação errônea da autoridade coatora e teoria da encampação; 3.8. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo: enfoque sobre o “reexame necessário” em mandado de segurança 3.9. Cumprimento da decisão concessiva (sentença/liminar) conferida em mandado de segurança – 4. Conclusões – 5. Palavras finais – 6. Referências.

Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia – a quem, suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas – digamos com franqueza – tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar. (José Carlos Barbosa Moreira)

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: CONTORNOS GERAIS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA E IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Árduo, longo, penoso; porém, glorioso. O caminho percorrido até hoje em busca da limitação do poder estatal e do consequente controle jurisdicional dos atos administrativos reveste-se de inegável importância na edificação jurídica brasileira, em especial após a consagração, pela Constituição de 1988, do chamado Estado Democrático de Direito. Um dos mais importantes instrumentos processuais da denominada *tutela jurisdicional das liberdades públicas*, o mandado de segurança aparece no cenário jurídico pátrio como meio rápido e eficaz na busca da conformação constitucional dos atos públicos.

O elevado grau de substância constitucional que circunda o *mandamus* não lhe afasta, todavia, do tradicional dogmatismo processual<sup>1</sup>. A essência pragmática do instrumento mandamental consubstancia-se justamente na possibilidade de se movimentar a máquina judiciária para a proteção de direito subjetivo líquido e certo lesionado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública. Sem prejuízo do esboço constitucional do mandado de segurança, que serve como verdadeiro vetor interpretativo das problemáticas que o assolam, não se pode perder de vista a sua natureza processual, sobretudo por ser um instrumento apto a engrenar a marcha procedimental em busca da efetiva tutela pretendida., sujeitando-se, por assim dizer, a toda estrutura lógico-normativa do processo civil<sup>2</sup>, na qual se inclui a perquirição da parte passiva.

1. Por todos, Barbosa Moreira (1993, p. 75): “(...) convém reiterar asserto que há muito vimos pondo como premissa de qualquer argumentação em torno de problemas do mandado de segurança: esse instituto não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrina ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, uma espécie de gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam a degredo em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial constante das leis que a ele especificamente dizem respeito”.
2. Nada obstante, o que se vê, ainda hoje, são resquícios doutrinários e jurisprudenciais a sustentar a tese de inaplicabilidade residual do Código de Processo Civil ao procedimento especial do mandado de segurança. Verifica-se, assim, a existência de certa predisposição (para não dizer teimosia) em se estudar o mandado

Embora de efetividade prática digna de louvor, o mandado de segurança não foi contemplado com uma regulamentação à altura. O escasso e insuficiente tratamento dado pela recente Lei 12.016/09 – lei de regência do *mandamus* – ainda deixa resquícios duvidosos nos mais diversos temas a seu respeito. Releva-se, nesse momento, o reflexo na determinação do papel da autoridade coatora e na aferição da verdadeira parte passiva mandamental.

Três correntes destacam-se na tentativa de se delimitar o real e legítimo sujeito passivo mandamental. Para alguns, este papel é cumprido pela autoridade apontada como coatora; outros, no entanto, afirmam ser parte passiva no mandado de segurança a pessoa jurídica a que pertence o coator. Já se sustentou, ainda, que haveria, no pólo passivo do *writ*, litisconsórcio necessário entre autoridade coatora e entidade jurídica vinculante.

Lança-se a problematização. Os dispositivos afetos mostram-se incapazes de solucionar a questão. Doutrina e Jurisprudência aparentam-se voláteis. A imperiosidade da correta determinação da parte passiva vem à tona. Por isso, resguarda-se ao final uma seqüência de fundamentos prático-teóricos – velhas e novas questões – tendentes a dar nova roupagem à verificação do sujeito passivo no *mandamus*.

A motivação para tanto funda-se na robusta abstração oferecida pela dogmática jurídica<sup>3</sup>. Para que não se perda de vista a funcionalidade dos institutos jurídicos, exsurge como imperiosa a tarefa de se delinear o real conteúdo e alcance dos termos empregados. Desafia-se, pois, ao enfrentamento de inúmeros aspectos processuais que possam ajudar na solução da divergência. Comenta-se desde a questão das despesas processuais e reflexos patrimoniais da concessão da segurança até a questão do cumprimento da decisão concessiva mandamental, passando-se, dentre outras, pelas nuances envolvendo a substituição de parte, legitimação recursal, coisa julgada e ação rescisória no processo de mandado de segurança.

---

de segurança abstraído das normas processuais elementares do Direito Processual, como se fosse possível vislumbrar, pasme-se, a auto-suficiência da legislação extravagante que rege a ação mandamental. Aliás, tamanha é a persistência em se estudar o mandado de segurança despido da sistemática processual, que já se insurgiu Didier Jr. (2002, p. 368): “talvez já tenha passado da hora de os processualistas voltarem seus olhos e mentes para o mandado de segurança enquanto procedimento especial, analisando-o de acordo com a teoria geral do processo – arcabouço teórico razoavelmente bem construído”.

3. Excerto embasado nas notas introdutórias de Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), extraído de seu *Omissão judicial e embargos de declaração*. Segundo a festejada processualista, “o elevado grau de abstração dos conceitos gera inexoravelmente certa dose de perda de funcionalidade, o que faz com que estes deixem de poder desempenhar adequadamente o papel de critério para a atuação concreta do Estado, já que sua formulação, aberta demais, não resolve incontáveis problemas que indesejavelmente ampliam o papel do arbitrio”.

Pretende-se expor para o tema, senão soluções, interessantes questionamentos à luz de variados aspectos processuais envolvendo a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público no mandado de segurança. O resultado da investigação aponta para uma possível pacificação da problemática, no sentido de se atribuir, vez por todas, a condição de parte passiva na ação de mandado de segurança à entidade jurídica a cujos quadros integra o constritor. Eis o objetivo do trabalho.

## **2. PANORAMA ATUAL DA CONTROVÉRSIA NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO CRÍTICA**

A problemática em questão, a qual Sérgio Ferraz (2006, p. 85) qualifica de *palpitante*, ganha proporções maiores quando se começa a analisar cuidadosamente os dispositivos básicos que regem o *mandamus*.

Logo após despertar-se para o mundo jurídico pátrio, o mandado de segurança passou a ser regulamentado, no plano infraconstitucional, pela Lei 191/36, que previu a citação do coator para apresentar defesa e a notificação da inicial à pessoa jurídica interessada. Não obstante, já em 1939, o Código de Processo Civil, em seus arts. 319 e ss., corrigiu as impropriedades semânticas da legislação mandamental, mandando citar a pessoa jurídica de direito público e notificar o coator para prestação de informações. A despeito de singelas e apartadas discussões doutrinárias que já se brotavam atinentes ao tema, o que os juristas não esperavam era a tumultuada regulamentação que a Lei 1.533/51 viria a dar para o processamento do mandado de segurança, ao prever única e exclusivamente a notificação do coator (art. 7º, inc. I). Mais recentemente, ainda, o legislador pátrio teve a oportunidade de colocar um fim à controvérsia, mas não o fez, limitando-se a prever a necessidade de o juiz dar ciência do feito também ao órgão de representação judicial do ente, a fim de que, querendo, ingresse na relação<sup>4</sup>.

Não havendo, assim, o devido e suficiente esclarecimento por parte do legislador, coube à doutrina e à jurisprudência a tentativa de desvendar essa tão enigmática discórdia<sup>5</sup>.

4. Noutra sede (Ainda sobre a situação jurídica da autoridade coatora no mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 98, v. 888, out. 2009, pp. 377-55), tivemos a oportunidade de apresentar, de forma mais detalhada, a polêmica questão atinente ao papel do coator no mandado de segurança, momento em que sustentamos ser ele mero informante anômalo acerca do ato colimado de abusivo. Em consequência, foi dito que a notificação que lhe é dirigida não se consubstancia em citação, nem suas informações em contestação. Tudo isto porque a parte passiva na relação mandamental é a pessoa jurídica a que pertence o coator, e não este.

5. Aliás, tamanha é a perplexidade do assunto que a própria Lucia Valle Figueiredo (1997, p. 50) reconheceu o equívoco que incidira e mudou expressamente de posicionamento. Em seu último livro sobre o tema, passou a sustentar que, no mandado de segurança, a polaridade passiva deveria ser preenchida pela





Considerada dominante, por outro lado, a porção doutrinária que põe a entidade estatal a que vincula o coator como real parte passiva no mandado de segurança é respaldada, igualmente, por veneráveis autores. Perfilham desse entendimento, dentre outros: Seabra Fagundes (1957, p. 338), Themístocles Cavalcanti (1957, p. 313), Celso Agrícola Barbi (2000, p. 125), Sérgio Ferraz (2006, p. 89), Gelson Amaro de Souza (1999, p. 127), Castro Nunes (1956, pp. 320-326), José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 241), José Manoel de Arruda Alvim (*RePro* 6/152), Candido Rangel Dinamarco<sup>9</sup>, Sálvio de Figueiredo Teixeira (1987, p. 47-48), Cassio Scarpinella Bueno (2004, p. 23), Adhemar Ferreira Maciel (1993), João Batista Lopes (2002, p. 420), Fredie Didier Jr. (2002, p. 369), Cármen Lúcia Antunes Rocha (1986, p. 150), Leonardo José Carneiro da Cunha (2006, p. 349), Athos Gusmão Carneiro (*RJALRS* 1/168), Marçal Justen Filho (2006, p. 776)<sup>10</sup>.

9. Observa-se que o ilustre processualista Dinamarco (1979, p. 179) também modificou seu pensamento quanto ao assunto. Tempos atrás, em seu artigo “As partes no mandado de segurança”, publicado na *RePro* 19/199, o ilustre mestre sustentou que a autoridade coatora era substituta processual da entidade pública e, portanto, parte. Não obstante, tempos depois, em acórdão de sua lavra, assim se manifestou o autor: “Se não se tratasse do mandado de segurança, para o qual a legitimidade passiva *ad causam* apresenta conotações excepcionabilíssimas, o impetrante seria carecedor de ação e a preliminar posta pela Fazenda apelante mereceria diferente solução. Mas a legitimação da autoridade responsável pelo ato impugnado, na Lei do Mandado de Segurança, pouco mais significa que qualidade para prestar informações, somente. O interesse substancial em jogo e possível conflito com o do impetrante é sempre o da entidade que essa autoridade corporifica. A autoridade não comparece como substituto processual da entidade de direito público, como a um tempo pareceu à doutrina. Ela é mero representante nas primeiras fases do processo (e, em caso de recurso, passa a oficiar a própria Fazenda, pelos seus órgãos competentes). Como representante, não arca com o custo do processo, em caso de sucumbência (as custas em restituição, ficam sempre a cargo do Estado e não do funcionário)” (AC 71.484-1-SP, 1ª Câmara, j. 26.6.1986, RJTJESP 106/167-168).
10. Na jurisprudência, pela polaridade passiva da pessoa jurídica, encontram-se, dentre outros, os seguintes julgados: STJ, REsp 842279/MA, rel. Min. Luiz Fux, DJe 24.4.2008; STF, AI-AgR 431264/PE, rel. Min. Cezar Pelluso, DJ 23.11.2007, p. 00117; STF, AI-AgR 447041/PE, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.11.2004, p. 00029; STJ, REsp 984032/ES, rel. Min. Castro Meira, DJe 16.6.2008; STJ, REsp 729658/PA, rel. Min. Luiz Fux, DJ 22.10.2007, p. 192; STJ, REsp 619461/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 6.9.2004, p. 174; STJ, REsp 547235/RJ, rel. Min. José Delgado, DJ 22.3.2004, p. 237; STJ, REsp 106811/PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 31.3.1997, p. 9659; STJ AgRg na MC 383/RS, rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 14.10.1996, p. 39035; STF, RE-AgR 412430/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13.3.2006, p. 00040; TRF/2ª Região, AMS 10693/RJ, rel. Des. Fed. Mauro Luis Rocha Lopes, DJU 5.10.2007, p. 1168; TRF/2ª Região, MS 8043/RJ, rel. Des. Fed. Rogério Carvalho, DJU 17.11.2005, p. 208; TRF/2ª Região, AMS 44853/RJ, rel. Des. Fed. Sérgio Schwaitzer, DJU 26.7.2005, p. 181; TRF/2ª Região, AGTAG 123339/ES, rel. Des. Fed. Paulo Barata, DJU 13.10.2004, p. 148; TRF/3ª Região, AMS 159841/SP, rel. Juíza Eliana Marcelo, DJF3 6.8.2008; TRF/3ª Região, AMS 287782/SP, rel. Juiz Márcio Moraes, DJU 27.2.2008, p. 1289; TJ/SP, Ap. cível 71.484-1/SP, RJTJSP 106/167-169; TJSP, RT 622/76; TJ/SP, TJTJSP 108/173-174; TJSP, RJTJSP 108/174-175; STJ, REsp 180613/SE, rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 21.6.1999, p. 207; STJ, Resp 99271, DJ 11.11.1996; RJ 249/94; RSTJ 89/92; RSTJ 93/117; RDAA-Gênesis 10/801; JSTJ-Lex 95/135; RTJ 105/404; RTJ 114/1225; RTJ 118/337; RTJ 125/323; RT 521/285.

De forma minoritária, é possível identificar a existência de uma terceira corrente, que se pode dizer intermediária, para a qual a polaridade passiva mandamental deve ser preenchida conjuntamente pela autoridade coatora e pela pessoa jurídica a que pertence, em litisconsórcio necessário. Sufragam desta vertente, dentre outros: Alfredo Buzaid (1989, p. 71), Sebastião de Souza (1957, pp. 48-49), Othon Sidou (1989, p. 209), Jorge Americano (1939, p. 122), Aguiar Dias (1988, p. 21) e Luís Eulálio de Bueno Vidigal (1953, p. 102)<sup>11</sup>.

Numa primeira apreciação crítica, sem prejuízo das respeitáveis opiniões em sentido contrário, o certo é que, em se tratando de relação jurídica mandamental, deve-se desvincular a autoridade coatora da noção de parte passiva processual, mormente porque, enquanto atuando em nome de uma entidade estatal, o coator não passa de mera personificação do Poder Público em juízo, dada precipuamente a inexistência orgânica da pessoa jurídica responsável pelo ato lesivo de seu agente, praticado no exercício de sua função. A relação jurídica no processo de mandado de segurança não se concretiza entre impetrante e coator, mas sim entre impetrante e Estado.

No mandado de segurança, a autoridade coatora jamais pode ser vista como parte passiva, porquanto não discute relação jurídica sua. O coator atua no processo mandamental como órgão da entidade pública (organismo) a que vincula. Trata-se, na verdade, de presentante em juízo da pessoa jurídica, de sorte que os atos que pratica, no exercício das funções, materializam a vontade do próprio Estado, sendo a este imputados. Igualmente, portanto, não há embasamento para se considerar o coator *substituto processual* do ente moral a que vincula, pois o constritor não está em juízo, como *parte*, em nome próprio, defendendo direito alheio.

Também não há, na ação mandamental, litisconsórcio passivo necessário entre autoridade coatora e pessoa jurídica de direito público, simplesmente pelo fato de que o coator não é *parte*. Exigindo, o litisconsórcio, pluralidade de partes, não há maiores dificuldades em se vislumbrar a insubsistência desta vertente. Se a autoridade coatora não é *parte* no *mandamus*, como pode alguém dela ser litisconsorte?

Eis o painel básico da celeuma. Passemos aos fundamentos.

11. Alguns resquícios jurisprudenciais também são encontrados neste sentido. Assim: TRT/14ª Região, MS 0076/2002, rel. Juiz Pedro Pereira de Oliveira, DJE/RO 6.1.2003, Anexo TRT n. 3; TJ/AP, Remessa Ex-offício em Mandado de Segurança 386/2004 – Acórdão nº 7890, rel. Des. Mello Castro, DOE 17.5.2005, p. 19.

### 3. O POSSÍVEL PONTO FINAL NA DISCUSSÃO: FUNDAMENTOS PELA SUJEIÇÃO PASSIVA DA PESSOA JURÍDICA A QUE PERTENCE O COATOR

#### 3.1. Despesas processuais e reflexos patrimoniais da ordem concessiva de segurança

Fundamento supremo da vertente doutrinária e jurisprudencial sustentadora de ser a pessoa jurídica o verdadeiro sujeito passivo na relação processual de mandado de segurança reside na questão atinente às despesas processuais e reflexos patrimoniais decorrentes de eventual ordem concessiva da segurança.

O próprio Código de Processo Civil prevê, no artigo 19 e seguintes, regras gerais afetas ao pagamento das despesas e custas processuais, bem como aos reflexos patrimoniais decorrentes de sentença condenatória, limitando, via de regra, às partes a observância de tais incumbências. Tanto é verdade que o art. 1.046, § 2º do CPC, tratando dos embargos de terceiro, estabelece que “equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial”. Atente-se. Interpretando analogicamente a referida disposição legal, é curial que se estabeleça íntima relação entre o sujeito passível de ser atingido pela pretensão contra si formulada e a parte processual na demanda. Evidenciada, pois, a tendência de não se considerar *parte* quem não tem sua esfera patrimonial (*lato sensu*) atingida por uma decisão judicial.

Sob esse prisma, torna-se incontestante a alegação de que a parte passiva, e, mais ainda, o legitimado passivo, deve guardar íntima relação com aquele contra quem a pretensão do autor é embasada no plano material. Em outras palavras, o sujeito passivo é, em regra, aquele que será afetado por eventual procedência da demanda proposta pelo autor. Tal premissa coaduna-se com o célebre conceito de *parte* dado por Chiovenda (2000, p. 278), para quem “*parte* é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”. A despeito da autonomia e independência da relação jurídica processual<sup>12</sup>, não há dúvida de que a idéia de *parte* é guiada pela própria lide. Salvo os casos de substituição processual, é a relação jurídica substancial (de direito material) que determina a condição processual de parte na demanda conexa.

12. Assim, Francesco Carnelutti (1936, p. 345), ressaltando a distinção entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material: “Che il soggetto della lite sia qui chiamato parte in senso sostanziale il lettore indenterà più tardi quando saprà che il soggetto del processo, a cui si dà pure il nome di parte, vi si contrappone come parte in senso formale”.

Transpondo tais raciocínios ao processo de mandado de segurança, é cediço que cabe às partes, igualmente, o desfalque patrimonial pelas despesas, verbas honorárias<sup>13</sup> e custas<sup>14</sup> do processo. Numa alusão à polaridade passiva da ação mandamental, cabe à pessoa jurídica tais misteres, a exemplo das custas<sup>15</sup> recolhidas pela pessoa jurídica que movimentou a máquina judiciária com um pedido de suspensão da liminar deferida ao impetrante.

Ademais, uma vez concedida a segurança, como ação que é, cabe à parte vencida suportar o ônus defluente da sentença concessiva da ordem, sendo que a autoridade coatora em nada contribuirá para a satisfação patrimonial da pretensão do autor ora impetrante<sup>16</sup>. Não é por outra razão que as hodiernas sentenças concessivas de segurança, cujos objetos são o fornecimento de medicamentos, compelem o ente público (Estado), e não a autoridade coatora, à satisfação da pretensão pleiteada<sup>17</sup>. Ora, se as custas e despesas processuais são carreadas para a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, e não para o coator enquanto pessoa física, e mais, se a ordem judicial afetar o arcabouço patrimonial da pessoa jurídica, e não da pessoa física da autoridade coatora, imperiosa a admissão do ente moral como réu na ação de segurança.

No que tange aos efeitos patrimoniais da sentença mandamental, embora a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal reze que a “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”, tal

13. O Supremo Tribunal Federal já pacificou a divergência que havia quanto ao cabimento de verba honorária no *mandamus* por meio da Súmula 512, cujo verbete assim se insere: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. No mesmo sentido, a Súmula 105 do STJ. Recentemente, a Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), em seu art. 25, sedimentou esta ideia. No entanto, vultoso é o número de adeptos pela incidência da verba honorária no mandado de segurança: por todos, Barbosa Moreira (“Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado”, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de Guanabara, n. 23).
14. Nada obstante, a respeito das custas e taxa judiciária, vale lembrar a recomendação de Sérgio Ferraz (2006, p. 316): “(...) as custas e a taxa judiciária significam receitas para custeio da atividade estatal. Dessa forma, recomendando-se, de toda sorte, a gratuidade da ação de segurança (...)”.
15. Insta salientar que, via de regra, as pessoas jurídicas de direito público estão isentas de custas judiciais. Trata-se de prerrogativa processual da Fazenda Pública em juízo. Entretanto, não se pode olvidar que as pessoas jurídicas de direito privado, em atividade pública por concessão ou autorização, estão sujeitas ao pagamento das custas.
16. Neste sentido encontra-se o REsp 141930/CE – T2 – Segunda Turma – DJ 13.12.1999 p. 132 – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins: “A União (Fazenda Nacional), pessoa jurídica de direito público, é que suportará o ônus da sentença concessiva da ordem (...)”.
17. Neste sentido: “STJ – Constitucional – Recurso ordinário – Mandado de Segurança objetivando o fornecimento de medicamento por ente público à pessoa portadora de doença grave – Ilegalidade da autoridade coatora na exigência de cumprimento de formalidade burocrática – Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento (STJ, Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.183/PR – 1999/0083884-0, j. 22.8.2000, 1ª Turma, Rel: Min. José Delgado)”.

regra já se mostrava fortemente afetada pela Lei 5.201/66 (em especial, por seu art. 1º, §§ 2º e 3º). Mais recentemente, a Lei 12.016/09 permitiu expressamente, em seu art. 14, § 4º, o pagamento de vencimentos e vantagens de servidores públicos assegurados em sentença concessiva, relativamente às prestações que se venceram após o ajuizamento da inicial, na própria sede mandamental, pelo que se nota ser perfeitamente viável a sentença em mandado de segurança gerar efeitos patrimoniais<sup>18</sup>. E, assim ocorrendo, refletir-se-ão sobre a pessoa jurídica, e nunca sobre o coator.

Nota-se, ainda, pela própria redação do artigo 2º da lei reguladora do procedimento especial em pauta (Lei nº. 12.016/09), que o dispositivo, ao formular um critério de classificação às autoridades coatoras, ratificou ser o campo de incidência da ordem patrimonial do mandado, o da pessoa jurídica, *v.g.*, da União Federal. Assim, uma vez reconhecido que o pagamento das custas e despesas processuais suportadas pelo impetrado advém do patrimônio da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, e não do patrimônio desta, bem como demonstrado que as consequências financeiras de eventual concessão da segurança serão suportadas pelo ente público a cujos quadros integra a autoridade coatora, resta caracterizado um forte indício de ser a pessoa jurídica a ré no *writ of mandamus*.

Malgrado a falibilidade deste aspecto em tela, em especial pelo fato de que, eventualmente, a *parte* sob o prisma material (em razão de vinculação à lide), obrigada a suportar o resultado da demanda, pode não corresponder à *parte* no sentido processual, não se deve olvidar de que tal argumento, cotejado com os que se seguem, caracteriza uma robusta indicação de ser a pessoa jurídica o sujeito passivo no mandado de segurança.

### **3.2. Substituição da parte e alteração da autoridade coatora no processo de mandado de segurança**

Aspecto prático assaz pertinente no que diz respeito à confirmação da tese ora sustentada – de que a polaridade passiva na ação de segurança deve ser preenchida pela pessoa jurídica a cujos quadros integra a autoridade coatora -, incide na questão da substituição da parte e alteração da autoridade coatora. Muito embora boa parte da doutrina silencie-se sobre este aspecto, trata-se, indubitavelmente, de uma ponderação de peso para elidir a configuração da autoridade coatora como parte ré do *writ* sob exame.

18. Já se decidiu que “O mandado de segurança é via processual adequada para pleitear a devolução de valores apropriados com mão-própria, quando decorrentes de ato administrativo ilegal, afastando o teor das Súmulas 269 e 271 do STF, uma vez não se tratar de ação de cobrança” (STJ – RT 822/208).

Certo é que a suspensão do processo determinada pelo juiz, em virtude da morte de uma das partes, preconizada pelo artigo 265, inciso I, do Código de Processo Civil, tem o escopo primordial de substituir a parte (ativa ou passiva) pelos sucessores ou pelo espólio do *de cuius*, a fim de que se possa dar continuidade à marcha processual. Em sendo assim, ocorrendo a morte de uma das partes, o juiz irá determinar a suspensão do processo a fim de que se possa regularizar a relação jurídica processual, ou seja, nos termos do artigo 43 do mesmo Diploma Processual Civil, dar-se-á a substituição da parte pelo seu espólio ou pelos seus sucessores.

Pois bem, contextualizando tal proposição ao tema do mandado de segurança, a problemática alarma quando se depara com a morte da autoridade coatora. Ora, falecendo o coator, certamente não há que se falar em substituição deste pelos seus sucessores. Fosse ele parte passiva da segurança, a regra a seguir deveria ser aquela estabelecida pelos artigos 1055 e seguintes do CPC, que tratam da habilitação no processo em caso de morte de uma das partes<sup>19</sup>. O mesmo se diz quando ocorre alteração da autoridade coatora no curso do processo, seja por licença, aposentadoria, afastamento ou transferência<sup>20</sup>. É evidente que a demanda da segurança continua seu curso normal, pois na verdade a ação é dirigida em face da pessoa jurídica, e não da pessoa física da autoridade coatora.

Na mesma precisão, caso a autoridade coatora torne-se inapta ao exercício de seus direitos na órbita civil antes mesmo de prestar as informações de que trata o art. 7º, I, da lei nº 12.016/09, ainda sim inexistirá prejuízo ao impetrante com eventual retardamento da prestação jurisdicional pela suspensão do processo. E isso se justifica simplesmente porque a autoridade coatora não é *parte* na relação processual do mandado de segurança<sup>21</sup>.

19. Neste sentido, vide, por todos, Gelson Amaro de Souza (1999, p. 318): “os herdeiros ou o espólio da autoridade apontada coatora nada têm a ver com a questão relacionada no mandado de segurança. Esses herdeiros não poderão ser chamados ao processo de mandado de segurança em substituição à autoridade tida como coatora. Isto se dá exatamente porque a autoridade coatora não é parte nesta ação, senão mera representante excepcional da pessoa jurídica”.

20. Conforme salientado por Sérgio Ferraz (2006, p. 122), “claro é que, se, entre a prática do ato coator e o ajuizamento da segurança, muda o titular do cargo ou da função em que inserido o agente, cabe ao novo titular o papel de informante, por isso que o que se ataca, no writ, é o ato do Poder Público, e não a pessoa investida do *munus*”. Neste sentido, ainda, ver TST: RMS 69.975/93-1, rel. Min. Armando de Brito, DJU 6.5.1994, p. 10.637.

21. Em elucidativa suposição, Carneiro da Cunha (2006, pp. 350-351) observa que: “impetrado, por exemplo um mandado de segurança contra o Governador do Estado e, terminando o mandato deste, com a assunção do cargo por novo sujeito que quedou vitorioso nas eleições, deveria o processo ser extinto sem julgamento do mérito, por carência superveniente da ação, dada a posterior ilegitimidade passiva ad causam. É que, sendo a autoridade a parte legítima, modificada esta, exsurgiria sua ilegitimidade. Isso, contudo, não ocorre exatamente porque a legitimidade passiva é da pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade”.

Por todo o exposto, conclui-se que a sucessão processual da parte passiva, em sede de mandado de segurança, não diz respeito à substituição da autoridade coatora, mas sim à sucessão da pessoa jurídica a que pertence o coator por outra; v. g, a incorporação de uma entidade de direito pública a outra, o que já é menos comum em se tratando de Administração Pública, cujos órgãos tendem a ser duradouros.

Em suma, aqui reside um grande fundamento prático e jurídico para aqueles que vêm a pessoa jurídica como parte passiva do presente *writ*. Isso porque, em ocorrendo morte da autoridade coatora, o processo seguirá normalmente contra a pessoa jurídica a que pertence. Os herdeiros da autoridade coatora não possuem relação de direito material, muito menos de direito processual para com o impetrante da ação mandamental, já que a autoridade coatora não passa de mero representante da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado delegada de funções públicas a que pertence.

### 3.3. Legitimação recursal em sede mandamental

Em se tratando do tema ligado à sujeição passiva no mandado de segurança, questão merecedora de demasiada atenção diz respeito à legitimidade recursal na demanda de segurança. Trata-se, a bem verdade, de fundamento altamente sugestivo de ser parte passiva a pessoa jurídica, e não a autoridade coatora.

O artigo 499, “caput”, do Código de Processo Civil, já nos ilumina no sentido de que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. A despeito de tal regra geral de legitimação concorrente para interposição de recurso no Processo Civil, a regra, indubitavelmente, é da parte vencida socorrer-se do idôneo meio de reapreciação da matéria decidida. Logo, o pressuposto subjetivo para interposição de recurso, consistente no interesse e legitimidade do recorrente, liga-se, de forma precípua, à parte vencida, uma vez que é esta quem, em regra, teve um prejuízo apto a ensejar um reexame do julgado.

Destarte, a análise dos meios recursais incidíveis no processo mandamental passa pela idéia, já vista antecipadamente, de que o remédio da segurança não é algo solitário no mundo jurídico, com nuances processuais inigualáveis; ao contrário, é substancialmente subsidiário à sistemática processual. Sem embargo das discussões peculiares que ainda afligem doutrina e jurisprudência acerca da aplicabilidade dos recursos previstos no CPC (art. 496) ao processo do *mandamus*, certo é que aqueles admissíveis, quando interpostos pela (ou contra a) parte impetrada, certamente assim serão procedidos pela (ou contra a) pessoa jurídica de direito público ou de direito privado delegada de funções públicas a cujos quadros integra o coator, e não por (contra) este.



Tal fundamento é vislumbrado por singela regra de silogismo. Deveras, se “legitimada para recorrer, por excelência, é a parte vencida” (AMARAL DOS SANTOS, 1994, p. 91), ao passo que ninguém ousa negar legitimidade ativa recursal ao ente público, por coerência lógico-científica tem-se que o legitimado passivo na relação processual do *mandamus* é, sem dúvidas, a pessoa jurídica a cujos quadros integra o coator, e não este.

Entretanto, apesar de aparentemente fácil, tal coerência não é por todos observada. Sem preocupação com possível inconsistência metodológica, há autores que, embora ratifiquem que a legitimidade recursal no mandado de segurança é conferida, precipuamente, à pessoa jurídica a que pertence o coator, e não a este, sustentam ser a autoridade coatora a parte legítima na ação mandamental<sup>22</sup>. Nesse pensamento, encontra-se, por exemplo, Walter Vechiato Jr. (2000, p. 100). Referido autor, em alusão à ação de mandado de segurança, afirma que “a legitimidade passiva é composta pela autoridade coatora (...)”. Não obstante, logo a frente, não hesita em dizer que “a pessoa jurídica de direito público é quem suporta os encargos da sentença mandamental, e não o seu servidor, ora autoridade coatora, razão pela qual o interesse recursal é exclusivo daquela”.

Sem embargos, certo é que dificilmente se costuma negar legitimidade recursal ao ente público (ou particular com funções públicas delegadas). Isto se deve, primordialmente, ao fato de que o binômio necessidade/utilidade, pressuposto do interesse recursal, certamente estará presente na pessoa jurídica, se vencedor o impetrante<sup>23</sup>. Do exposto, vislumbra-se a ausência de legitimidade da autoridade coatora em, na condição de *parte*, recorrer da decisão que concedeu a segurança pleiteada. Não obstante o fato de que possa haver recorrente que não seja *parte*, inadmissível, a nosso ver, a suposta *parte*, como alguns consideram a autoridade

22. Neste sentido: “Mandado de Segurança – Autoridade impetrada. Ilegitimidade recursal. Ensino Superior. Aluno inadimplente. Retenção de documentos. Descabimento. I- A autoridade coatora, apesar de figurar no pólo passivo da relação processual, não possui legitimidade para recorrer, competindo-lhe, somente, prestar informações no prazo legal e cumprir o que for determinado na liminar ou na sentença, pois é ela quem suportará os efeitos patrimoniais da decisão final. Precedentes deste eg. Tribunal e do col. Supremo Tribunal de Justiça (...). (TRF – 1ª R. – AMS 2001-38-02-002159-2.MG. 6ª T. Rel. Des. Fed. Souza Prudente – DJU 01.08.2006). RDCPC 38/120-1. Ademais, no que tange à legitimidade recursal passiva, a incoerência é ainda mais comum. Como lembra Sérgio Ferraz (2006, p. 322), “mesmo aqueles que sustentam ser a autoridade coatora parte não hesitam em dizer (aliás, sem qualquer preocupação, *data vêniam*, com a eventual incoerência da posição) que, denegada a segurança, sujeito passivo recursal é a pessoa jurídica interessada na salvaguarda do ato coator”.
23. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 216678/MS, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 21.2.2000, p. 96) vinha reiterando que “o recurso interposto pelo Estado, no processo de mandado de segurança desde que adimplidos seus requisitos, é de ser conhecido como apelo da parte sucumbente (...)”.

coatora, ser impedida de recorrer. Se esta não tem legitimidade para recorrer, implicitamente está-se dizendo que ela não é *parte*<sup>24</sup>.

Aliás, colocando uma pá-de-cal na controvérsia, a atual legislação regulamentadora do *mandamus* estabeleceu, em seu art. 14, § 2º, verdadeira extensão do direito de recorrer ao coator. Segundo o dispositivo, “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”. Ora, semanticamente, “estender” significa atribuir algo a alguém que não o tem, de modo que a necessidade de extensão do direito pressupõe sua prévia inexistência na hipótese alargada. Se o coator não titulariza, genuinamente, o direito de recorrer, havendo necessidade de norma extensiva lhe conferindo, certamente não pode ser tido como parte.

Em sendo assim, forçoso que se admita a condição de terceiro prejudicado à autoridade coatora, desde que esta demonstre, obviamente, o chamado nexo de interdependência, constante no § 1º, do art. 499, do Código de Processo Civil. Em outras palavras, está legitimado o coator para interposição de recurso no mandado de segurança desde que demonstre o elo relacional entre seu interesse e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. Aliás, reiterados julgados há tempos já admitem a legitimidade recursal ativa do coator na condição de terceiro interessado<sup>25</sup>. Deveras, não raras vezes o ato constritor poderá ensejar responsabilidade pessoal da autoridade coatora, por meio de ação regressiva do Estado. Isto, via de regra, basta para que se admita o interesse jurídico do coator, embora se deva analisar, no caso concreto, a viabilidade de se aferir tal interesse prescindindo da produção de provas, que é inadmissível em mandado de segurança.

Por derradeiro, também se pode afirmar que, fosse parte passiva a autoridade coatora, o falecimento desta durante o prazo para interposição de recurso de apelação contra sentença concessiva de segurança, por exemplo, deveria seguir a regra do art. 507 do CPC, restituindo o prazo recursal a seus herdeiros, então legitimados. Entretanto, ninguém ousa afirmar que a morte da autoridade coatora, no decorrer do prazo para interposição de recurso em sede mandamental, obsta o curso do processo até a intimação de seus herdeiros.

24. Aliás, a própria Suprema Corte já assim entendeu, no RE 97.282-9-PA, em acórdão unânime da 1ª Turma, cujo relator Min. Soares Muñoz assim se expressou: “Não tem ele [coator] legitimidade para recorrer da decisão deferitória do *mandamus*. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada”.

25. Neste sentido, admitindo a interposição de recurso em processo mandamental pela autoridade coatora, na condição apenas de terceiro prejudicado, encontram-se, dentre outros, os seguintes julgados: TRF/1ª Região: AMS 90.01.02698-2, rel. Juiz Catão Alves, DJU 2.10.1995, Seção 2, pp. 66.438-66.439; TRF/3ª Região: MS 223.424, rel. Des. Fed. Oliveira Lima, DJU 15.4.2003, Seção 2, p. 341.

### 3.4. Legitimidade ativa para o pedido de suspensão de segurança

Não raras vezes, a segurança concedida ao impetrante, seja mediante liminar, seja mediante sentença concessiva, pode gerar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, razão pela qual se confere à pessoa jurídica de direito público interessada ou quem lhe faça as vezes a legitimidade para requerer a suspensão da ordem emanada (art. 15, Lei nº 12.016/09).

Importa dizer, por ora, que a omissão do dispositivo quanto à legitimidade da autoridade coatora em postular a suspensão da segurança concedida é plenamente justificável. É, por mais, indício da sujeição passiva na ação de segurança. Isso se deve ao fato de que o coator, enquanto presentante sem capacidade postulatória da pessoa jurídica a que pertence, deve limitar-se a prestar informações, imparcialmente, sobre o ato abusivo praticado no exercício de suas funções, inexistindo-lhe, via de regra, sequer interesse imediato na suspensão da liminar/sentença concedida em favor do impetrante<sup>26</sup>.

A nosso ver, o mesmo argumento utilizado para negar legitimidade recursal à autoridade coatora (pois ela não é *parte*), deve ser aqui recepcionado. Em sendo assim, poder-se-ia admitir a legitimidade do coator para pedido de suspensão de segurança eventual e excepcionalmente no caso de intervenção de terceiro (litisconsórcio ativo facultativo), ou seja, quando possuíse, juridicamente, o *status* de terceiro prejudicado. Por isso é que ousamos, com a máxima vênia, discordar de Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 801) que, tecendo breves comentários acerca da figura da suspensão da segurança, afirma tratar-se de um expediente “(...) de que se pode valer a autoridade coatora para suspender a eficácia da ordem concedida pelo juízo *a quo* (em liminar ou na sentença) (...)”.

Na verdade, embora se saiba que, para ajuizar o pedido de suspensão de segurança, pouco importa se a pessoa jurídica tenha sido parte no processo<sup>27</sup>, certo é que há íntima ligação entre o legitimado ativo para pleitear referida suspensão e a parte passiva na relação processual do mandado de segurança. Daí porque a expressão “pessoa jurídica de direito público”, contida no *caput* do art. 15, da Nova Lei do Mandado de Segurança, deve ser entendida, pois, como sinônima de sujeito passivo mandamental<sup>28</sup>.

26. Neste sentido, confira: “além do mais, os requerentes, sendo pessoas físicas, não têm legitimação para requerer a suspensão de liminar, pois não possuem a qualidade de pessoa jurídica de direito público ou órgão a ela assemelhado. Assim, indefiro o pedido de suspensão da liminar” (TJ/RJ, D.O.E., 28.04.1992. Rio de Janeiro).

27. Neste sentido, Marcelo Abelha Rodrigues (2000, p. 120).

28. Fazendo exatamente esta interpretação acerca da legitimidade ativa para suspensão de segurança, confira-se, por todos, Cassio Scarpinella Bueno (2004, p. 206).

### 3.5. Coisa julgada e litispendência no processo mandamental: limites subjetivos

Sem prejuízo da relevância dos argumentos até então apresentados, o tópico em pauta consubstancia-se em inegável e irrefutável fundamento no sentido de ser a pessoa jurídica a que pertence o coator, e não este, a verdadeira parte passiva na relação processual mandamental. Aliás, tamanha a robustez deste argumento, que Weichert (1999, p. 132) chega a intitulá-lo de “inafastabilidade da consideração da pessoa jurídica como parte em face dos efeitos da coisa julgada”, evidenciando que um estudo sobre a extensão subjetiva da coisa julgada em sede mandamental é o bastante para se aferir a sujeição passiva no mandado de segurança.

Relativamente aos limites subjetivos, conquanto possa inúmeras vezes a sentença transitada em julgado afetar terceiros alheios à relação jurídica processual (coisa julgada *ultra partes*, v. g., casos de substituição processual), o que se terá aqui é apenas a eficácia reflexa da decisão judicial (eficácia natural da sentença). A autoridade da coisa julgada, precipuamente no aspecto da impossibilidade de rediscussão da lide, atrela-se necessariamente às partes.

Por lógica, caso a autoridade coatora fosse a verdadeira parte passiva na demanda de segurança, a pessoa jurídica a qual pertence preencheria, via de regra, a condição de terceiro no processo, de modo que, uma vez não atingida pelos efeitos da coisa julgada, estaria ela sujeita a sofrer repetidas demandas de mesmo objeto. Ora, fosse parte passiva o coator, o impetrante poderia intentar, primeiramente, uma ação de mandado de segurança em face da autoridade coatora, ao passo que, uma vez vencido, nada lhe impediria de propor nova demanda em face da pessoa jurídica, haja vista que, não coincidindo as partes, não há que se falar em eventual ocorrência de coisa julgada.

Mas não é bem assim. Na verdade, processualmente inadmissível que se admita ao impetrante, por exemplo, a pretexto de ver sua pretensão reapreciada em juízo, intentar ação de rito ordinário, ou mesmo novo mandado de segurança, de matéria (pedido e causa de pedir) idêntica ao mandado de segurança denegado, com fundamento de tratar-se, agora, de ação contra o Poder Público, e não contra a autoridade coatora<sup>29</sup>.

29. Relacionando a limitação subjetiva da coisa julgada com a parte passiva mandamental, aduz Amaro de Souza (1999, p. 318): basta perguntar a quem a coisa julgada oriunda da sentença atinge diretamente: a pessoa jurídica ou a autoridade coatora? A resposta por certo será a pessoa jurídica”; Aliás, conforme palavras de João Batista Lopes (2002, p. 419), “(...) é inquestionável que a coisa julgada se opera em relação à pessoa jurídica, e não à pessoa física”.

Logo, vindo o impetrante a intentar nova ação de mandado de segurança, modificando, em relação à demanda pretérita, tão-somente a autoridade coatora, é de se reconhecer a extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a incidência da coisa julgada, nos termos do art. 267, inc. V, do CPC. Isso porque o simples fato de a ação de mandado de segurança ser, teoricamente, dirigida em face de ato de autoridade coatora, até mesmo porque o nome desta deve constar na inicial para efeitos de competência, não significa seja ela a legitimada passiva *ad causam*. A própria praxe forense, materializada na jurisprudência, não tem permitido seja rediscutida uma matéria apreciada em mandado de segurança tão-somente porque nesta demanda a parte passiva seria a autoridade coatora, ao passo que a segunda ação compreenderia o Estado como legitimado no pólo passivo<sup>30</sup>.

Ainda, apreciando tal celeuma, a Segunda Turma do STJ salientou que “no caso de mandado de segurança, a identidade entre as partes passivas, para fins de caracterização de coisa julgada, deve ser vista com *gramus salis*, porquanto a autoridade coatora somente participa do processo no 1º Grau, prestando as informações que lhe são requeridas (...)”.

Observa-se que a jurisprudência parece querer se inclinar para o posicionamento de ser ré, em sede mandamental, a pessoa jurídica. Porém, o faz, com a devida vênia, de forma parcialmente equivocada. Na verdade, não há peculiaridades na identidade de partes passivas em sede de mandado de segurança. Partir-se da premissa de que a autoridade coatora é parte passiva não prospera. A solução do problema invocado no referido julgado passa por mera perquirição de quem seja o réu na relação mandamental. Deve ser resolvida, pois, à luz da teoria sustentadora de ser a pessoa jurídica quem deve ocupar a pólo passivo no *writ of mandamus*.

A mesma exegese deve ser feita em sede de litispendência. Assim sendo, resta evidente que, na mesma linha de raciocínio formulado à coisa julgada, a litispendência no processo de mandado de segurança, em especial quanto à identidade da parte passiva, é aferida tendo em vista a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, e não esta<sup>31</sup>.

30. Confira-se, nesse sentido, a Apelação Cível n. 96.01.24043-8-DF, decidida pela 3ª Turma do TRF/1ª Região, que constou como relator o Des. Fed. Olindo Menezes, publicada no DJU de 20.2.1998, Seção 2, p. 94.

31. Neste sentido, destarte, já decidiu o E. STJ, no RMS 21213-PR (DJ 24.9.2007, p. 325), de lavra do Min. Arnaldo Esteves Lima, cuja ementa parcial se transcreve: “há litispendência nos casos em que a parte propõe ação ordinária e, posteriormente, mandado de segurança que tenham objeto idêntico, havendo identidade de partes, tendo em vista que sempre a pessoa jurídica a que vinculada a autoridade impetrada suportará os efeitos patrimoniais da condenação (...)”. Igualmente: RMS 25.153/DF, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma/STF, DJ 23.9.2005; RMS 17.407/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma/STJ, DJ 10.4.2006. A propósito, sobre este último julgado, assim se decidiu: “Há identidade de partes em ação ordinária e mandado de segurança em que o recorrente busca promoção ao posto de Tenente-Coronel, pois

### 3.6. Legitimação para ação rescisória de sentença mandamental

Sólido aspecto jurídico-processual, também fundamentador da tese de ser réu no mandado de segurança o ente estatal de direito público, mas que não vem recebendo a merecida atenção da doutrina, diz respeito à legitimação para ação rescisória de sentença mandamental. A despeito de não se compreender a ação rescisória entre os meios recursais, vez que embriona a formação de nova relação jurídica, é certo que subsiste íntima ligação entre a relação jurídica originária e a relação jurídica nascida com a citação válida em sede de ação rescisória.

Primeiramente, no que se refere à legitimidade ativa (para propositura de ação rescisória), a regra geral, por excelência, vem traçada no inc. I, do art. 487, do Diploma Processual Civil, que conferiu a legitimação para integrar o pólo ativo da demanda rescisória a “quem foi parte no processo (...)”. Observe que as partes legitimadas para a causa rescisória são, no mais das vezes, aquelas que demonstraram pertinência subjetiva para ocuparem os pólos ativo e passivo da relação processual originária (em que se proferiu a sentença rescindenda)<sup>32</sup>. Daí decorre a estreita ligação entre os destinatários da sentença de mérito maculada (transitada em julgado com vício) e os sujeitos parciais da relação processual rescisória. Logo, nada mais razoável conferir às partes, de maneira precípua, o direito à rescisão do julgado que participaram. O mesmo raciocínio se dá com a legitimidade passiva rescisória. Em última análise, pois, o raciocínio para se saber quem é o legitimado para a causa rescisória, ativa e passivamente, deriva de uma mera inversão de interesses: no mais das vezes, será legitimado ativo para intentar demanda rescisória a parte vencida na ação originária, ao passo que a polaridade passiva na rescisória será preenchida pelo vencedor da demanda pioneira.

Transponha-se essa ordem de idéias ao processo de mandado de segurança. Conclusivamente, quando o assunto é descobrir a legitimidade ativa em ação rescisória de sentença mandamental concessiva, os magistrados pátrios não têm se hesitado em conferi-la à pessoa jurídica a qual integra o praticante do ato tido como lesivo<sup>33</sup>. Deveras, como parte vencida que é, vez que sofre as conseqüências

é o Estado de Rio Grande do Sul – que tem legitimidade para recorrer ou contra-arrazoar no mandado de segurança – quem irá responder pelos efeitos patrimoniais da decisão eventualmente favorável ao recorrente”.

32. Nesses moldes, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da AR nº 3185/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux (Primeira Seção, DJ 26.2.2007, p. 537), que, em seu voto, assim salientou: “a legitimidade ativa para propositura da ação rescisória, em princípio, é conferida às partes do processo no qual proferida a sentença rescindenda, posto que nada mais lógico do que os destinatários do comando judicial viciado pretenderem desconstituí-lo”.

33. Neste sentido, negando legitimidade ativa na ação rescisória à autoridade coatora e, em contrapartida, conferindo-la ao ente jurídico, estão, sem exaustão, os seguintes julgados do TJ/SP: Ação Rescisória nº 635.471.5/2-00, Comarca de Santo André, constando como autora a Municipalidade de Santo André, e não o

patrimoniais da sucumbência, a pessoa jurídica a qual pertence o coator deve ser a legitimada, por excelência, a requerer seja a sentença concessiva mandamental rescindida. Ademais, não há dúvida que também o interesse de agir, o qual, a nosso ver, guarda íntima relação com a legitimidade para a causa, é comportado, em regra, pelo ente moral, e não pelo sujeito coator.

Isso não significa, todavia, esteja a autoridade coatora absolutamente impedida de pleitear a rescisão de sentença mandamental em juízo. No mesmo pensamento extraído do tópico atinente à legitimação recursal no mandado de segurança, é possível que se reconheça, excepcionalmente, legitimidade ativa à autoridade coatora para propositura de ação rescisória de sentença mandamental. Não como *parte*, mas sim como terceiro interessado<sup>34</sup>. Por óbvio, não sendo *parte*, é, o coator, terceiro. Logo, perfeitamente possível, nos termos do art. 487, II, CPC, a propositura de ação rescisória de sentença concessiva mandamental pela autoridade coatora, desde que embasada em interesse jurídico como, por exemplo, a perda do cargo em caso de subsistência da decisão viciada.

No que se refere à legitimação para se figurar no pólo passivo de ação rescisória de sentença denegatória de segurança, o raciocínio é o mesmo. Ora, na esteira do que foi até aqui construído, se, em sentença denegatória, parte vencedora é o ente estatal e parte vencida é o impetrante, a legitimidade passiva para eventual ação visando rescindir tal decisão judicial deve, sem sombra de dúvidas, ser conferida precipuamente ao vencedor (pessoa jurídica ré)<sup>35</sup>, mesmo porque quando

---

Delegado do Ciretran, então coator; Igualmente, na AR nº 110.666-0/6-00, Comarca de São Paulo, que tratou de ação rescisória de acórdão proferido em mandado de segurança, legitimada ativa foi a Municipalidade de São Paulo, e não seu prefeito, ora coator. Ainda, o julgado na AR nº 384.359-5/8-00, Comarca de São Paulo, na qual, do mesmo modo, constou como legitimado ativo para interposição da rescisória a pessoa jurídica a que pertence o coator, e não este.

34. Como bem lembrado pelo Min. Luiz Fux, no julgamento da AR 3185/DF (STJ, Primeira Seção, DJ 26.2.2007, p. 537), que constou com sua lavra, “(...) o terceiro prejudicado, que de há muito é prestigiado pelos ordenamentos mais vetustos e que lhe permitem intervir em qualquer grau de jurisdição, também está habilitado à rescisão da sentença. Para esse fim, o seu legítimo interesse revela-se pela titularidade de relação jurídica conexa com aquela sobre a qual dispôs sentença rescindenda, bem como pela existência de prejuízo jurídico sofrido”. Veja-se, a respeito, os ensinamentos do genial Pontes de Miranda (1998, p. 149): (...) Qualquer interesse, no mundo jurídico, que se prenda à sentença que transitou em julgado, faz nascer à legitimação ativa à propositura da ação rescisória”.
35. De um modo geral, tem-se decidido que “é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação rescisória de julgado proferido em mandado de segurança a pessoa jurídica de direito público cujo patrimônio é diretamente atingido pelo provimento jurisdicional reclamado (...)” (TJ/SP, AR nº 664.803-5/6-00, Comarca de Paraguaçu Paulista). Tempos atrás, ainda, o próprio STF (Tribunal Pleno, rel. Min. Octavio Gallotti), julgando Questão de Ordem na Ação Rescisória (AR-QO 1319/PI, DJ 12.5.1989), enfrentou essa celeuma, decidindo que, embora seja a autoridade coatora parte, não tem ela legitimidade passiva rescisória. Em análise crítica deste julgado, o Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da Reclamação n.º 367-1 – Distrito Federal, aos 04/02/93, assim se pronunciou: “É bem de ver, data vênica, que, se a autoridade coatora, no mandado de segurança, tivesse sido parte, em nome próprio – fosse, embora, como

a demanda rescisória for proposta por uma das partes, o pólo passivo deve ser preenchido pela outra. De modo absolutamente majoritário, a jurisprudência pátria sempre colocou a pessoa jurídica a qual pertence a autoridade coatora no pólo passivo de ação rescisória de sentença mandamental denegatória, o que sugere ser a legitimidade passiva rescisória do ente uma decorrência lógico-processual de sê-lo *parte* na relação jurídica primitiva.

Tal conclusão encontra-se em perfeita harmonia com as palavras do saudoso Jorge Americano (1926, p. 112), que, com base na incidência subjetiva da coisa julgada, sintetizou o critério para se aferir a legitimidade em sede de ação rescisória da seguinte forma: “é parte legítima na ação rescisória aquela para quem ou contra quem a sentença rescindenda faz coisa julgada”. Evidente. Conforme já analisado, a incidência subjetiva da coisa julgada dá-se, preponderantemente, sobre as partes, ativa e passiva, na relação jurídica processual; as mesmas, pois, que possuem, por excelência, a legitimidade na rescisória.

### **3.7. Instrumentalidade do processo mandamental, indicação errônea da autoridade coatora e teoria da encampação**

Aspecto atraente para se indicar a correta sujeição passiva na relação processual do *writ* relaciona-se à instrumentalidade do processo mandamental<sup>36</sup>, mais especificamente no que tange à inadmissibilidade de extinção do processo em caso de indicação errônea da autoridade coatora. Conquanto não seja este um fundamento propriamente dito (em seu sentido etimológico), pois não precede à constatação da parte passiva, mas, ao contrário, é uma consequência da adesão a uma das teses, a visão instrumentalista do processo de mandado de segurança consubstancia-se em inegável semblante no sentido de ser o ente jurídico a que pertence o coator o real legitimado passivo na ação de segurança.

Não há dúvidas de que se deva extrair do remédio constitucional da segurança o máximo de eficácia que lhe foi atribuído. Quer-se dizer, em outras palavras,

---

litisconsorte necessário ou como substituto processual da pessoa jurídica estatal -, não haveria como negar-lhe a legitimização passiva para a ação rescisória sob o fundamento de não ter capacidade para a representação processual do Estado, segundo o art. 12 C. Pr. Civ.; a invocação desse dispositivo é correta, sim, porque é a representação processual do ente público – e não a legitimização passiva *ad causam* – o que a autoridade coatora detém, por força de norma especial (L. 1533/21, art. 7º, I), no mandado de segurança, mas não, na ação rescisória”.

36. Sobre o assunto, aliás, Carlos Augusto de Assis (1997, p. 53), em minucioso estudo sobre o sujeito passivo no mandado de segurança, chegou a conclusão, após analisar a questão justamente sob o prisma da instrumentalidade do processo, de ser a pessoa jurídica de direito público, e não a autoridade coatora, a verdadeira parte passiva no *mandamus*.



que toda e qualquer discussão acerca da ação mandamental deve ter como parâmetro seu berço constitucional<sup>37</sup>. É de se notar, ademais, que o princípio da instrumentalidade do processo<sup>38</sup> estabelece a ponte entre o direito material e o direito processual, preconizando, em termos gerais, pela resolução das intrigantes questões jurídicas mediante a valorização do direito substancial demandado, em detrimento das regras processuais supérfluas.

Com efeito, a consecução do fim a que se destina a ação mandamental (instrumentalidade do processo de mandado de segurança) passa pela análise de sua polaridade passiva. Isto porque a opção por uma ou outra tese acerca do real sujeito passivo no mandado de segurança gera conseqüências diversas<sup>39</sup>, de modo a refletir, inclusive, na magnitude constitucional do remédio heróico. Em outros termos, dependendo da corrente que se adotar quanto à sujeição passiva, o mandado de segurança poderá encontrar empecilhos temerários à concretização do objetivo político-jurídico para qual foi criado.

A princípio, é inconteste que a carência da ação (extinção do processo mandamental pela ilegitimidade da parte passiva) distancia-se afrontadamente dos fins almejados pelo constituinte quando da criação do mandado de segurança. Deveras, o mundo atual enfrenta organizações estatais cada vez mais complexas e dinâmicas, de modo que, no caso concreto, a correta determinação da autoridade

37. Em elucidativa passagem, Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 5) lembra da “(...) nítida opção do constituinte em criar, para o mandado de segurança, um sistema de defesa, controle e revisão dos atos administrativos mais favorável (ou, quando menos, mais flexível) para o particular do que para o Estado. Trata-se, pois, de nítido mecanismo do particular contra o Estado e não o contrário. Essa opção, claramente feita no texto constitucional, como, de resto, em toda a gênese e o desenvolvimento do instituto, é inafastável para o intérprete e deve acompanhá-lo em cada dúvida, em cada indagação, em cada questão interpretativa que lhe seja posta para solução”.

38. Muito embora a instrumentalidade esteja, de forma mais contundente, ligada à questão dos vícios e nulidades dos atos processuais, de modo a desconsiderá-los se atingidas as finalidades desejadas, certo é que tal postulado é tido, hoje, como um verdadeiro parâmetro a ser seguido por toda a ciência processual moderna. Não aceitando o princípio da instrumentalidade, porém, Calmon de Passos (2001, p. 64) adverte: “(...) separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável (...). Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito”.

39. Eis a síntese conclusiva elaborada por Gelson Amaro de Souza (2001, p. 22), em texto específico sobre a indicação errônea do coator: “Para quem entenda ser a autoridade coatora parte passiva na ação de mandado de segurança e sendo esta indicada de forma errônea, por questão de lógica há de optar pela carência da ação em razão da ilegitimidade de parte. No entanto, para a outra corrente, que entende não ser a autoridade coatora parte passiva na ação, também por questão de lógica há de se entender diferentemente, e afastar a carência da ação por ilegitimidade, porque de ilegitimidade de parte não se trata. Logo, inaplicável a regra do art. 267, VI, do CPC”.

coatora pode consubstanciar-se em tarefa extremamente árdua e morosa ao impetrante, incompatível com o próprio escopo político-constitucional do *mandamus*.

Nessa ordem de idéias, brilhante o comentário do Min. José Delgado, em voto proferido no REsp 547.235/RJ. Ao se deparar com a questão da incorreta indicação da autoridade coatora, o ilustre magistrado assim ponderou: “não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator”<sup>40</sup>. Por conta dessa celeuma, aliás, é crescente o número de julgados pela aplicação da denominada “teoria da encampação”. Tal teoria é aplicada, afirmam os tribunais, “(...) quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatio ad causam* passiva”<sup>41</sup>.

Não obstante a louvável intenção que permeia tal corrente, visando conferir maior efetividade ao mandado de segurança, parte ela da falsa premissa de ser a autoridade coatora a parte passiva na ação mandamental. Não deve ser assim. Ora, se o coator é apenas uma organela da pessoa jurídica a que pertence, de modo a ser esta quem efetivamente é demandada em juízo na ação de segurança, deve a indicação errônea do constritor ser tida como mero defeito da inicial, passível, portanto, de correção, nos termos do art. 284, do CPC<sup>42</sup>.

Nada obstante, a adesão à teoria da encampação é uma prova cabal de que a autoridade coatora não é parte passiva legítima no mandado de segurança. Isso porque, fosse *parte*, jamais poderia ser substituída de ofício, conquanto sejam as

40. Aliás, o próprio Hely Lopes Meirelles (1994, p. 44), conquanto ferrenho sustentador da tese de ser o coator a parte passiva na relação mandamental, não hesitou em dizer que “[...] a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita o impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas”. Entretanto, tal entendimento não é uníssono. A própria Suprema Corte Brasileira, suposta guardiã máxima da Constituição Federal, donde, inclusive, se extrai o *mandamus*, já decidiu, e vem decidindo, no sentido de que “(...) a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o juiz, agindo ex officio, venha a substituí-la por outra, alterando, desse modo, sem dispor de poder para tanto, os sujeitos que compõem a relação processual” (voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da Questão de Ordem nº 22.970, DJ 24.4.1998). No mesmo sentido: STF, MS 21.382, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 3.6.1994; STF, MS 26.171/PE, rel. Min. Eros Grau, DJ 28.9.2006.

41. STJ, REsp 784.681/BA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 5.11.2007, p. 348.

42. A esse respeito, aliás, já se manifestou o próprio Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 367-1, DJU 6.3.1998 (Revista Jurídica 247/90): “Legitimação passiva da pessoa jurídica de direito público ou assemeelhada, à qual seja imputável o ato coator, cabendo à autoridade coatora o papel de seu representante processual, posto que de identificação necessária: consequentemente possibilidade de sanar-se o erro do impetrante na indicação da autoridade coatora, mediante emenda da inicial, para o que se determina a intimação da parte”.

condições da ação matéria de ordem pública. De duas, uma: ou se considera a pessoa jurídica de direito público a verdadeira parte passiva no *mandamus*, tendo a errônea indicação do coator como mera irregularidade da inicial, passível de correção, ou, então, se considera parte passiva a autoridade coatora e não se admite, de maneira alguma, a teoria da encampação, haja vista que a condição de *parte* não é algo fungível<sup>43</sup>.

Ao contrário do que se vê reiteradamente na jurisprudência, a teoria da encampação não confere à autoridade coatora que encampou o ato ilegal (enfrentou o mérito do *mandamus*) a legitimidade passiva *ad causam*. Não. Ela (teoria) apenas permite, em compreensível exegese constitucional, seja convalidado um vício (defeito) da petição inicial, ratificando, assim, o posicionamento de que a ação mandamental é dirigida em face do Estado (pessoa jurídica), e não do coator.

Logo, a opção pela tese de que sujeito passivo, em mandado de segurança, é a pessoa jurídica a que pertence o coator (em oposição àquela que considera a própria autoridade a parte passiva) deve ser entendida como derivação lógico-processual da idéia de instrumentalidade do processo de segurança. Deve ser compreendida, nas palavras de Dinamarco (1993, p. 266), “(...) como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”. É inadmissível que o impetrante, já lesado em seu direito, possa ser penalizado, em caso de indicação errônea da autoridade, pela extinção do processo sem apreciação de seu pedido, haja vista que tal incumbência (identificação do coator) pode consubstanciar-se, no mais das vezes, em verdadeiro “tiro no deserto”.

### **3.8. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo: enfoque sobre o “reexame necessário” em mandado de segurança**

Na tentativa de se aferir a correta sujeição passiva no mandado de segurança, não se pode olvidar da importância que ganha a questão das prerrogativas processuais conferidas ao Poder Público enquanto parte litigante em juízo, em especial o “reexame necessário”. Consubstancia-se tal nuança, conforme se verá, em forte sustentáculo àqueles que vêem a pessoa jurídica como parte passiva na ação mandamental.

43. Interessante é a posição de Scarpinella Bueno (2004, p. 24), para quem “mesmo nos casos em que a ilegitimidade passiva for visível ao magistrado – entendendo-se ilegitimidade passiva no mandado de segurança como a indicação errada da pessoa jurídica a que pertence a autoridade descrita como coatora -, melhor que a mera extinção do mandado de segurança sem julgamento de mérito, solução usualmente encontrada na jurisprudência, é a possibilidade de correção do erro nos termos do art. 284 ou, eventualmente, pela aplicação do art. 13, ambos do Código de Processo Civil”.

Com efeito, prescindindo-se da subsidiariedade do Código de Processo Civil, a aplicação do reexame necessário em mandado de segurança decorre da própria lei regente do *mandamus* (Lei n. 12.016/09) que, em seu art. 14, § 1º, assim dispõe: “concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”. Evidente. Sendo o mandado de segurança típica ação contra o Poder Público, a sentença que o julgar, se procedente (sentença concessiva), estará, por regra, sujeita ao duplo grau necessário, confirmando ser o *writ* dirigido, em última análise, contra o Estado, e não contra o coator.

Soa intuitivo que a finalidade da remessa obrigatória, em especial no mandado de segurança, é conferir proteção ao Estado (materializado nas pessoas jurídicas de direito público) ante eventual inexistência de recurso apelativo pela parte ré. Ora, se a apelação voluntária da pessoa jurídica impede a remessa *ex officio*, já que haveria *bis in idem*, seria ingenuidade desvincular tal prerrogativa processual à condição de sujeito passivo no *writ*. Não fosse a pessoa jurídica a parte passiva na ação mandamental, razão não haveria em se condicionar a remessa obrigatória à não apelação do ente estatal<sup>44</sup>. A nosso ver, a limitação é plenamente justificável: pairando recurso do réu (pessoa jurídica) contra a sentença concessiva, o interesse estatal de reanalisar a matéria, porque contrária à Fazenda, já está preservado, sendo dispensado o reexame necessário.

Com a devida vênia, não merece procedência a afirmação infundada de Castanho Mendes (2002, p. 480) no sentido de que “(...) se fosse necessário invocar a sistemática geral do Código de Processo Civil para dizer que o reexame, pelo simples fato de ser cabível, estaria a sugerir que a pessoa jurídica é parte, então seria flagrantemente inútil a regra do art. 12, par. ún, da Lei 1.533/51 [atual art. 14, § 1º, da Lei 12.015/09]”. Para o referido autor, caso o ente público fosse *parte*, o reexame “(...) seria feito pela simples invocação do dispositivo correspondente do próprio Código de Processo Civil, revelando-se redundante a previsão específica na lei do mandado de segurança”.

Na verdade, o que a lei do mandado de segurança fez, ao instituir o § 1º no art. 14, foi apenas reforçar a idéia já contida no atual art. 475, inc. I, do CPC, evidenciando, ademais, tratar-se de ação contra o Poder Público. Aliás, tal técnica (de reforçar a aplicabilidade do reexame necessário) não é exclusiva da Lei 12.016/09. Para citar apenas um exemplo, o decreto-lei nº 3.365/41 (que regula a desapropriação por utilidade pública) fortifica, em seu art. 28, § 1º, a aplicabilidade

44. Conforme alerta Celso Agrícola Barbi (2000, p. 192), “se a pessoa de direito público vencida não apelar, ou se seu recurso não for admissível, porque intempestivo, ou não atender a qualquer formalidade, surge a necessidade de remessa *ex officio*”.

da remessa de ofício às sentenças que condenam a Fazenda Pública. De todo modo, a redação art. 475, I, do CPC, é clara. Está sujeita ao reexame necessário, por excelência, a sentença proferida “contra” a Fazenda Pública. Por tal expressão, deve-se entender a sentença que julgou a pretensão de um demandante procedente em face de um ente público.

Não é só. Consoante já se disse, estando o Poder Público litigando em juízo, a exemplo do que acontece, por excelência, no mandado de segurança (sendo aqui, via de regra, parte passiva), incidem sobre ele todos os aspectos processuais de privilégio conferidos por lei, e não apenas o reexame necessário, que é espécie do gênero “prerrogativas processuais”. No que tange ao privilégio recursal, a título de exemplo, a jurisprudência<sup>45</sup>, de uma modo geral, não hesita em conferir à pessoa jurídica estatal o privilégio do prazo dobrado para recorrer da sentença concessiva. Paralelamente, é expresso o texto legal do art. 188 do CPC no sentido de que tal prerrogativa processual é aplicada quando a Fazenda Pública estiver na condição de *parte*<sup>46</sup>. Logo, forçoso concluir pela sujeição passiva, em sede mandamental, da entidade pública, e não do coator.

### **3.9. Cumprimento da decisão concessiva (sentença/liminar) conferida em mandado de segurança**

Ponto interessante que se pode entrelaçar ao tema da sujeição passiva no mandado de segurança diz respeito ao cumprimento (execução) da decisão concessiva mandamental, mormente em razão da íntima conexão entre o sujeito passivo na demanda cognitiva e o executado em sede de efetivação da medida. Ontologicamente, não há dúvida de que o processo de mandado de segurança comporta execução. Queira chamá-la de cumprimento de sentença mandamental ou, ainda, de efetivação do provimento jurisdicional, certo é que, em mandado de segurança, também se permite seja o impetrado compelido a satisfazer o comando da sentença concessiva. Terão cunho executivo, ao menos nesta sede, todas e quaisquer “técnicas de atuação dos direitos”<sup>47</sup>.

45. Inclusive na Suprema Corte brasileira prevaleceu o entendimento de aplicabilidade do prazo recursal em dobro às pessoas jurídicas constantes no pólo passivo da relação mandamental (RTJ 110/258).

46. Não por outra razão já se decidiu no sentido de que “o Prefeito Municipal, na qualidade de autoridade coatora, não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança” (REsp 264.632/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma do STJ, DJ 19.11.2007, p. 298). Deveras, não sendo a autoridade coatora parte, eventual recurso que queira interpor deve ser qualificado como “recurso de terceiro interessado”, de modo a não conferir-lhe o privilégio do prazo recursal em dobro.

47. Expressão clássica utilizada pelo italiano Sergio Chiarloni (1989, p. 184), referindo-se aos métodos de satisfação de direito; no original: “tecniche di attuazione dei diritti”.

Aparentemente, numa análise leviana e superficial, o fato de a ordem mandamental ser sempre dirigida a certo agente de uma esfera do poder, e não à própria entidade jurídica responsável pela ilegalidade, poderia obstaculizar a sustentação de ser parte passiva a pessoa jurídica. Aliás, “nessa aparente duplicidade de interessados em ver mantida a exeqüibilidade do ato estatal é que reside talvez o mais tormentoso problema relacionado à legitimidade passiva em ações dessa espécie” (MENDES, 2002, p. 461). Nada obstante, a questão exige análise mais cuidadosa. Na verdade, a mera destinação subjetiva da ordem em mandado de segurança não confere à autoridade coatora a condição de *parte*.

Na realidade, o constritor é intimado da sentença mandamental concessiva na figura de representante processual (e não legal) da pessoa jurídica a que pertence. Na linguagem administrativista, ainda, nada há de errado em se dizer que o coator é comunicado da ordem na condição de órgão da entidade pública (organismo) a que se vincula<sup>48</sup>. Analogicamente, basta se atentar à redação do art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.232/05. Por este dispositivo, o executado será intimado do auto de penhora e de avaliação na pessoa de seu advogado. Nem por isso, entretanto, ousa-se dizer que o advogado é parte passiva na execução cível.

Observa-se que, em sede de execução, a pessoa física destinatária da intimação nem sempre corresponderá com o réu da demanda cognitiva. Evidentemente, pois, que o mero direcionamento subjetivo do mandamento concessivo não confere ao recipiente da ordem o *status* de sujeito passivo. De uma vez por todas, pois, fique assentado que, em mandado de segurança, o coator não é *parte*, ainda que visto eminentemente como destinatário do comando concessivo. Não se trata de aberração jurídica. O direcionamento da ordem tem sua razão de ser. A propósito, sua justificativa entrelaça-se com uma das funções principais do coator no processo mandamental: satisfazer a pretensão do autor *in natura*.

Assim, para a cobrança de vencimentos e vantagens pecuniária que deixaram de ser pagos a servidor público durante o trâmite do mandado de segurança, a sentença concessiva mandamental deve ser considerada título executivo, apta a reparar os danos patrimoniais sofridos, mesmo prescindindo de parte condenatória

48. Nesse interim, absolutamente correta a lição de Marlon Weichert (1999, p. 135), para quem “é pertinente notar que a autoridade coatora não precisa ser parte para estar sujeita ao provimento do mandado de segurança. Na simples condição de órgão da pessoa jurídica, ela já está apta juridicamente a receber a ordem judicial. O ofício que o juiz encaminha com o teor da sentença (ou da liminar) à autoridade coatora equivale, assim, a uma intimação para cumprir a ordem judicial (CPC, art. 234) e o seu não-acatamento implica a responsabilidade da autoridade”.

expressa nesse sentido, a teor do que exprime o art. 1º, § 3º, da Lei 5.021/66 (REsp 783286/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 10.4.2006, p. 324).

Aliás, reconhecer a existência de reflexos patrimoniais oriundos do reconhecimento do direito líquido e certo do impetrante não significa, por assim dizer, esteja-se fazendo vistas grossas à inadmissibilidade do *mandamus* como substitutivo de ação de cobrança. Conforme já esclarecido, tem-se por perfeitamente admissível a prestação pecuniária em mandado de segurança quando decorrente da cessação da ilegalidade cometida. Trata-se de mero restabelecimento do *status quo ante*. Ademais, tendo em vista a insuficiência das sanções criminais, a ineficiência das intervenções federais e a morosidade das reclamações constitucionais (em caso de usurpação de competência), exsurge, como técnica executiva apta a satisfazer a já reconhecida pretensão material do impetrante, a tutela específica dos art. 461, §§ 4º, 5º e 6º do Código Processual Civil<sup>49</sup>.

Um ponto, ainda, deve ser bem ressaltado. O inciso V, do artigo 14, do CPC, incluído pela Lei n. 10.358/2001, alargou os deveres das partes e terceiros no processo. Pela novel redação legal, passa-se a impor-lhes a obrigação de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços aos provimentos judiciais, seja de natureza antecipatória, seja de natureza final. O interessante é que na exposição de motivos da referida lei, o Min. José Gregori atribui expressamente ao coator a qualidade de terceiro. Segundo o redator, a modificação visa efetivar a ética processual não só em relação às partes, mas também em relação aos terceiros, a exemplo da autoridade coatora no mandado de segurança.

Como se percebe, o verdadeiro executado no mandado de segurança é a pessoa jurídica a que pertence o coator, e não este. A simples destinação subjetiva da ordem não pode conferir ao coator a qualidade de sujeito passivo na execução mandamental. Mesmo porque, como lembra Araken de Assis (2000, p. 57), sujeito passivo na execução é aquele cujos bens se sujeitam à execução.

49. Desse modo, no tocante à aplicabilidade, em sede mandamental, da multa coercitiva do art. 461, § 4º, CPC, assim observa Leonardo Greco (2003, p. 219): “no mandado de segurança, a autoridade impetrada não é o sujeito passivo da obrigação, mas apenas o agente, o órgão do sujeito passivo, que é a pessoa jurídica de Direito Público. À falta de previsão expressa de lei, não pode o funcionário ser penalizado com a multa, que somente pode ser imposta à própria pessoa jurídica de Direito Público e cuja execução dependerá da observância das regras do artigo 100 da Constituição”. Por conta disso, aliás, já se decidiu que “a obrigação de fazer ordenada judicialmente via ação de segurança deve ser cumprida pelo órgão ao qual pertence a autoridade impetrada”, e, frise-se, não por esta (AgRg no MS 2840/DF, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24.5.2004, p. 144).

#### 4. CONCLUSÕES

A parte passiva na ação de mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público (ou que lhe faça as vezes) a cujo serviço a autoridade coatora se encontra, e não esta. Em apoio, alguns fundamentos:

- a) Em mandado de segurança, eventuais reflexos patrimoniais oriundos de sentença concessiva mandamental recairão sobre a pessoa jurídica, e não sobre o coator. É, em derradeira análise, o próprio Poder Público, e não o coator, o destinatário dos efeitos patrimoniais da ordem mandamental. Ademais, o pagamento das custas e despesas processuais suportadas pelo impetrado advém do patrimônio da pessoa jurídica a que pertence o coator, e não do patrimônio deste;
- b) Em caso de morte da autoridade coatora no curso do processo mandamental, não há que se falar em eventual sucessão processual. Justamente porque o coator não é parte, não se aplica neste caso a regra inculpada no art. 265, inc. I, do Código de Processo Civil. Fosse ele parte passiva da segurança, a regra a ser aplicada deveria ser a habilitação dos herdeiros/espólio no processo, o que, evidentemente, não ocorre. Da mesma forma, havendo, no curso do processo, alteração da autoridade coatora (licença, aposentadoria, afastamento ou transferência), a demanda da segurança continua seu curso normal, pois a ação é dirigida em face da pessoa jurídica, e não da pessoa física do coator;
- c) A legitimação para recorrer da sentença concessiva mandamental é conferida, por excelência, à pessoa jurídica a que pertence o coator, e não a este. Isto se dá justamente porque, na sistemática processual pátria, tem legitimação para recorrer, sobretudo, a parte sucumbente. Se, via de regra, a fase recursal fica a cargo do ente moral, não há como negar-lhe a condição de parte. Embora não seja exclusiva, a legitimidade recursal é ínsita à parte vencida. O constritor poderá recorrer, mas sempre na condição de terceiro prejudicado, desde que, obviamente, demonstre o nexo de interdependência exigido pelo art. 499, § 1º, CPC;
- d) Há inegável relação entre o legitimado ativo para o pedido de suspensão de segurança e a parte passiva na relação processual mandamental. A expressão “pessoa jurídica de direito público interessada”, constante no art. 15, “caput, da Lei 12.016/09, deve ser entendida, acima de tudo, como sinônima de réu no mandado de segurança. Igualmente à questão da legitimação recursal, certo é que, fosse o coator parte, razão não haveria



para a jurisprudência teimar em lhe negar legitimação para o pedido de suspensão de segurança;

- e) A coisa julgada oriunda da sentença que julgar o mandado de segurança atinge diretamente a pessoa jurídica a que vincula o coator, e não este. A definitividade da decisão final, impossibilitando a rediscussão da matéria analisada, opera-se em relação à entidade jurídica. Não há que se admitir, assim, a rediscussão da matéria com a simples alteração da autoridade coatora. No mesmo raciocínio, a litispendência no processo de segurança deve ser visualizado sob o prisma da pessoa jurídica, e não do coator;
- f) Pelas regras processuais brasileiras, a legitimidade ativa e passiva para ação rescisória é, em princípio, conferida às partes do processo originário. No processo de mandado de segurança não é diferente. No mais das vezes, será legitimado ativo para intentar demanda rescisória a parte vencida na ação originária, ao passo que a polaridade passiva na rescisória será preenchida pelo vencedor da demanda pioneira. Paralelamente, tendo em vista que, em sede mandamental, ninguém ousa negar à pessoa jurídica legitimidade para ação rescisória, por certo que se tem um indício de sê-la a verdadeira parte passiva;
- g) Numa hermenêutica constitucional do mandado de segurança, visto à luz da instrumentalidade processual, deve-se repudiar toda e qualquer posição no sentido de minimizar a eficácia do remédio heróico. Fosse parte passiva a autoridade coatora, sua indicação errônea implicaria em carência da ação, com extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, VI, CPC). Em face da complexa estrutura administrativa moderna, não se pode exigir do jurisdicionado a correta identificação do organismo coator. Logo, a sustentação de que o ente público é o réu no *mandamus* acaba por legitimar o remédio no contexto político-social;
- h) Por regra, as sentenças proferidas contra o Poder Público sujeitam-se ao duplo grau de jurisdição. No mandado de segurança, tal prerrogativa processual vem resguardada pelo art. 14, § 1º, da Lei 12.016/09. A explicação para tanto deve-se justamente à questão da sujeição passiva mandamental. Fosse parte passiva o coator, razão não haveria para que a sentença concessiva do juiz *a quo* se sujeitasse ao reexame necessário. Nada obstante, é de se notar que não apenas o reexame obrigatório, mas todo e qualquer privilégio processual, a exemplo do prazo em dobro para recorrer, liga-se à condição do Estado ser parte na demanda. Assim ocorre no mandado de segurança;
- i) Em mandado de segurança, a tutela executiva recai sobre a pessoa jurídica de direito público, e não sobre o coator. A mera destinação subjetiva da

ordem mandamental não confere ao constritor a condição de parte. O ofício executório é recebido pela autoridade na condição de órgão da entidade jurídica a que pertence. Por isso, não constitui óbice à tutela executiva a falta de atribuição funcional do coator. Na execução mandamental, pois, a imposição de obrigação de fazer, não fazer ou dar alguma coisa recai sempre sobre o ente estatal, verdadeiro réu no mandado de segurança.

*De lege ferenda*, a edição de súmula vinculante para que se finde, vez por todas, a controvérsia instaurada. Na forma da Lei nº 11.417/2006, e em consonância com a tese ora defendida (de que parte passiva é a pessoa jurídica), poder-se-ia pensar no seguinte enunciado: “Não enseja carência da ação de mandado de segurança a indicação errônea da autoridade coatora, se pertencente à mesma pessoa jurídica”.

## 5. PALAVRAS FINAIS

É certo que toda percepção humana guarda correspondência com o modo pelo qual se vê um objeto. Não há algo absolutamente correto ou absolutamente falso. Há, na verdade, mormente em se tratando de Ciências Humanas, uma metafísica levemente subjetiva, dependente de fatores históricos e axiológicos. A convicção que o homem tem a respeito de algo, chamada por Ortega y Gasset (1982, p. 28) de *crença*, não é a simples idéia que se pensa, mas aquela que, além disso, se acredita. Esta, aliás, é a que propicia ao ser um porto seguro, tornando viável e justificável sua própria existência.

Assim, é possível que cada indivíduo, frente à sua realidade perceptível, vislumbre um objeto de modo diverso e, muitas vezes, até conflitante, sem que isto signifique, contudo, esteja um mais ou menos certo do que o outro. A propósito, a discórdia é ínsita e necessária a toda e qualquer forma de pensamento racional. A própria dimensão vital adquirida pela verdade, em vista do perspectivismo inerente ao observador, indica uma margem segura para afloramento de discussões e controvérsias.

Tudo isso que foi dito guarda intensa correspondência com o tema proposto, *sujeito passivo no mandado de segurança*. Deveras, levando-se em consideração que o assunto comporta tensões discrepantes e inconciliáveis, as ponderações apresentadas devem inserir-se, indubitavelmente, na teoria perspectiva do conhecimento humano, porquanto esposadas sob um determinado ponto de vista, num determinado momento histórico e numa determinada circunstância valorativa. Não se almejou, assim, convencer os outros de que as reflexões feitas neste trabalho são *as certas* e que aquelas dissonantes são *as erradas*. Pretendeu-se, tão-somente, apontar algumas considerações investigadas para que, juntos, possamos meditar em busca de algo melhor.

A par de tudo isso, longe de espelhar um trabalho exauriente, objetivou-se contribuir – singelamente, é verdade – para uma suave e relativa pacificação da controvérsia evidenciada, de modo que se possa oferecer subsídios mínimos àqueles que hodiernamente se aventuram a estudar o Direito; e, em especial, àqueles que se deparam com intrigantes questões processuais, cuja solução é condicionada à determinação de quem seja o verdadeiro *sujeito passivo no mandado de segurança*.

## 6. REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. Sujeito passivo no mandado de segurança. *Revista de Direito do TJRJ*. v. 3, pp. 19-22. Rio de Janeiro: 1988.
- AMERICANO, Jorge. *Da acção rescisoria dos julgados no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1926.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao código do processo civil*. vol. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva (Livraria Acadêmica), 1939.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Mandado de segurança. *Revista de Processo* 6/152.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ASSIS, Carlos Augusto de. *Sujeito passivo no mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, 23/59.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- \_\_\_\_\_. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Revista Forense*, n. 324, pp. 75-80. Rio de Janeiro: 1993.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001.
- CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile*. v. 1. Padova: Cedam, 1936.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. *Ajuris* 54.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1957.
- CHIARLONI, Sergio. Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti. Salvatore Mazzamuto (Org.). *Processo e tecniche de attuazione dei diritti*. v. I. Napole: Jovene, 1989.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CRETELLA Jr., José. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.
- DALLARI, Adilson Abreu. Autoridade coatora. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: RT, 1986.
- DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. SCARPINELLA BUENO, Cassio; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. As partes no mandado de segurança. *Revista de Processo*, n. 19. São Paulo: RT, 1979.
- \_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Teoria e prática do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966.
- FAGUNDES, Seabra. *Do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRECO, Leonardo. *Execução de liminar em sede de mandado de segurança*. Execução contra a Fazenda Pública. Série Cadernos do CEJ, v. 23. Brasília: CJF, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. SCARPINELLA BUENO, Cassio; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- MACIEL, Adhemes Ferreira. *O mandado de segurança na Constituição de 1988*. Coleção Jurídica 1/12 – TRF/1ª Região, Brasília, out., 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “hábeas data”*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

- MENDES, Leonardo Castanho. A legitimidade passiva da autoridade coatora no mandado de segurança. SCARPINELLA BUENO, Cassio; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.
- NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- ORTEGA Y GASSET, José. *História como sistema. Mirabeau ou o político*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- \_\_\_\_\_. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*. Campinas: Book-seller, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Do mandado de segurança. *Revista de Informação Legislativa* 90/131, ano 23, Brasília, abr./jun., 1986.
- RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; SOUZA, Gelson Amaro de. Ainda sobre a situação jurídica da autoridade coatora no mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 98, v. 888, out. 2009.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Natureza jurídica do mandado de segurança*. Arquivos do Ministério da Justiça, 114/40-41, jun., 1970.
- \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SIDOU, J. M. Othon. *Mandado de injunção. Habeas corpus. Mandado de segurança. Ação popular: as garantias ativas do direito coletivo segundo a nova Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Parte passiva no mandado de segurança*. *Revista dos Tribunais*. v. 763, pp. 115-128. São Paulo, 1999.
- \_\_\_\_\_. Mandado de segurança e a indicação errônea da autoridade coatora. *Revista Jurídica*. v. 280, pp. 21-30. Porto Alegre, 2001.
- SOUZA, Sebastião de. *Dos processos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: apontamentos. *Revista Jurídica Mineira*, v. 40, p. 44-58, ago. 1987.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: 1953.

VECHIATO JR., Walter. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ainda sobre a recorribilidade da liminar em mandado de segurança. SCARPINELLA BUENO, Cassio; ARRUDAALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

WEICHERT, Marlon Alberto. A pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora no mandado de segurança. *Revista de Informação Legislativa* 142/140, ano 36, Brasília, abr./jun., 1999.

## VI

# O PROCESSO CIVIL ENTRA EM CAMPO: A COISA JULGADA E O TÍTULO BRASILEIRO DE 1987

*José Augusto Garcia de Sousa<sup>1-2</sup>*

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ. Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas (RJ).

**RESUMO:** Um episódio bastante polêmico da vida desportiva brasileira – a disputa pela condição de campeão nacional de futebol de 1987 – é o ensejo para o artigo discutir o riquíssimo tema da coisa julgada, decisivo para a resolução da controvérsia futebolística.

**PALAVRAS-CHAVE:** Futebol – Título brasileiro de 1987 – Clube de Regatas do Flamengo – Sport Club do Recife – Sentença – Coisa julgada – Limites objetivos – Segurança jurídica – Direito desportivo.

**ABSTRACT:** A polemic episode in Brazilian sports – the dispute for the status of national champion of football in 1987 – is the background used in the article to discuss the complex issue of the *res judicata*, which is crucial to solve the football controversy.

**KEYWORDS:** Football – Brazilian champion in 1987 – Clube de Regatas do Flamengo – Sport Club do Recife – Sentence – *Res judicata* – Objective boundaries – Legal certainty – Sports law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A Copa União de 1987 – 3. A demanda intentada pelo Sport Club do Recife – 4. A superveniência de fatos relevantes – 5. As principais questões a serem analisadas no caso – 6. A coisa julgada nos dias atuais: a necessidade de uma leitura suave e a rejeição da “coisa julgada polvo”: 6.1. A sina da coisa julgada em tempos relativistas; 6.2. A maior necessidade de ponderação entre segurança e liberdade na era da argumentação e da verdade “construída” – 7. Os limites objetivos da coisa julgada – 8. Coisa julgada e fatos supervenientes – 9. O peculiar regime constitucional das questões desportivas – 10. Conclusão parcial, à vista das premissas examinadas – 11. Voltando ao caso concreto: os limites objetivos da coisa julgada: 11.1. O que se contém, expressamente, nos limites da coisa

1. Com muito afeto, agradeço o apoio e as valiosas sugestões do acadêmico Francisco Acioli Garcia.
2. Tratando-se de um estudo de caso, relativo a conflito concreto e atual, devo declarar que, embora sem qualquer vínculo jurídico com as entidades envolvidas, gosto de futebol e torço pelo Flamengo, personagem central da disputa. Isso realmente despertou o meu interesse para o caso, mas não prejudica a seriedade do trabalho. Afinal, este se pretende consistente e com apoio em fontes bibliográficas boas e confiáveis. Além disso, hoje se sabe muito bem que não há neutralidade possível no mundo do direito, sem que o fato, por óbvio, tenha o condão de inviabilizar a produção científica nesse ramo. Enfim, também aqui o escrito transcende o autor, e deve ser julgado pela qualidade dos seus fundamentos, nada mais.

julgada existente?; 11.2. Não teria ficado ao menos implícita – e coberta pela coisa julgada – a condição do Sport de único campeão brasileiro de 1987?; 11.3. Aplicando a “regra de ouro” – 12. Os fatos novos e sua influência no deslinde do caso – 13. Encerramento: recapitulação das ideias principais – 14. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Embalado pelas “ondas” do célebre movimento do acesso à justiça, capitaneado por Mauro Cappelletti, o processo civil transformou-se intensamente nas últimas décadas. Vivemos agora, na chamada fase instrumentalista, sob o influxo da ideia-força da efetividade. O processo deve servir à vida, ao homem. Da realidade não pode se afastar. A efetividade do processo é, antes de tudo, essa conexão direta com a realidade, abandonando-se o formalismo que durante muito tempo impregnou o direito processual<sup>3</sup>. Nada mais eloquente, a esse respeito, do que o processo civil brasileiro, na quadra atual. Como sabemos todos, discute-se o projeto de um novo Código de Processo Civil. Independentemente dos méritos ou deméritos do projeto, não há dúvida nenhuma de que ele está sendo guiado pela perspectiva da efetividade, visando ao aperfeiçoamento *prático* da função jurisdicional no Brasil. Há cerca de 40 anos, as preocupações eram bem distintas. Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, a realidade exterior não tinha qualquer protagonismo, mas sim a economia interna da processualística.

Neste ensaio, lastreado em caso concreto, a conexão do processo com as pulsações do mundo exterior estará muito presente. Mas dentro de um ângulo peculiar, e exibindo uma raríssima mistura de ingredientes. De um lado, o instituto da coisa julgada, que mesmo para os iniciados continua reservando surpresas e mistérios. Do outro, uma das maiores paixões nacionais, o futebol.

Estudaremos o caso do título brasileiro de 1987, objeto de ruidosa polêmica jurídico-futebolística. Como se verá a seguir, a disputa por esse título – que já dura quase 25 anos e envolve o time com maior torcida no país – passou a depender da resolução de uma controvérsia processual, afeta especificamente ao instituto da coisa julgada. Assim, uma questão extraída das profundezas da dogmática processual, carregada de sutilezas, ganhou as ruas e tornou-se assunto de rodas de bar e mesas redondas televisivas, sendo versada com desconcertante fluência por torcedores e comentaristas esportivos.

3. Fala-se evidentemente do formalismo excessivo, sem descurar da importância da forma para o processo. Consulte-se, a propósito, premiada obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.



Paixão futebolística à parte, o caso abre ótimo ensejo para se cuidar do tema da coisa julgada, que, mesmo sem arrastar multidões a estádios, possui também, ao menos para os estudiosos do processo, uma boa dose de fascínio.

## 2. A COPA UNIÃO DE 1987

Tratando-se de um estudo de caso, é preciso proceder a relato detalhado do quadro empírico que subjaz à polêmica jurídica<sup>4</sup>.

A história do conflito tem início em 1987. Naquele ano, o futebol brasileiro vivia uma profunda crise. O Campeonato Brasileiro de 1986, com nada menos do que 80 clubes – um número espantoso até mesmo para os padrões nacionais –, havia sido, além de caótico, muito deficitário para os grandes clubes, obrigados a dividir espaço com times sem a menor expressão. A Confederação Brasileira de Futebol (CBF) era alvo de grande insatisfação e estava sem força e sem recursos. Tanto assim que o seu presidente, Octávio Pinto Guimarães, comunicou publicamente não ter a entidade condições de organizar o Campeonato Brasileiro de 1987. Foi a deixa para que o recém-fundado Clube dos 13 (“União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro”) tomasse a iniciativa de promover o certame, que teria apenas 16 times (com o acréscimo de três convidados) e prometia ser organizado e rentável, ao contrário do Brasileiro de 1986. Seria a “Copa União”, ancorada em um inédito projeto de *marketing*, que envolveu vários patrocinadores importantes. No entanto, a CBF, ao pressentir o sucesso da Copa União, voltou atrás, retomando a organização do torneio, sob os protestos veementes do Clube dos 13. Um grande impasse se instalou. Quando a temperatura já atingia níveis elevados, CBF e Clube dos 13 conseguiram chegar a um acordo. A Copa União idealizada pelo Clube dos 13 teria então quatro “Módulos”: Verde, Amarelo, Azul e Branco.

Interessam aqui os Módulos Verde (Torneio João Havelange) e Amarelo (Torneio Roberto Gomes Pedrosa). O Verde foi composto pelos maiores times do Brasil, ganhadores de quase todos os títulos nacionais até então disputados, e também de alguns títulos mundiais. A saber: Atlético Mineiro, Bahia, Botafogo, Corinthians (campeão mundial de clubes posteriormente), Coritiba, Cruzeiro, Flamengo (campeão mundial em 1981), Fluminense, Goiás, Grêmio (campeão mundial em 1983), Internacional (campeão mundial posteriormente), Palmeiras, Santa Cruz (à época o time mais destacado de Pernambuco), Santos (bicampeão

4. Não há maior controvérsia sobre os fatos que serão expostos a seguir (muitos deles notórios). Além de abundantes fontes na internet, consulte-se Roberto Assaf, *História completa do Brasileirão – 1971/2009*, Rio de Janeiro: Lance, 2009.

mundial em 1962/63), São Paulo (três vezes campeão mundial posteriormente) e Vasco. Já o Módulo Amarelo foi composto pelos representantes do que se pode chamar de segundo escalão do futebol brasileiro, entre eles o Sport Clube do Recife, que jamais conquistara qualquer título brasileiro<sup>5</sup>.

Confirmando o fato óbvio de que o Módulo Verde significava a primeira divisão do Brasil, registre-se que o América do Rio de Janeiro se recusou a disputar o Módulo Amarelo, por entender que seu lugar de direito era no Módulo Verde (o inconformismo tinha alguma procedência: embora nunca tivesse sido um time de ponta, o América obtivera o quarto lugar no Campeonato Brasileiro de 1986<sup>6</sup>).

O acordo firmado entre CBF e Clube dos 13 foi importante para que os times pudessem entrar em campo, mas não logrou pacificar uma questão crucial: quem seria o campeão brasileiro de 1987? Para a CBF, o campeão sairia de um “cruzamento” reunindo os dois melhores do Módulo Verde e os dois melhores do Módulo Amarelo. Já o Clube dos 13 rejeitava tal cruzamento, forte no argumento de que, em qualquer lugar do mundo, não há o menor sentido em decidir um campeonato nacional “cruzando” os melhores da primeira divisão com os melhores da segunda divisão. Para o Clube dos 13, a autêntica Copa União era, unicamente, o Módulo Verde; havendo cruzamento, seria tão só para definir os dois representantes brasileiros na Taça Libertadores da América, o mais importante torneio internacional de clubes no âmbito das Américas.

O Flamengo sagrou-se campeão do Módulo Verde, derrotando na final, em 13/12/87, o Internacional, diante de um público de 91.034 pessoas, no Maracanã. Nessa final, o Flamengo entrou em campo com a seguinte escalação: Zé Carlos, Jorginho, Leandro, Edinho e Leonardo; Andrade, Aílton e Zico; Renato Gaúcho, Bebeto e Zinho. Desse time, todos passaram pela seleção brasileira, com a única exceção de Aílton. E quatro foram titulares da seleção brasileira campeã da Copa do Mundo de 1994 (Jorginho, Leonardo, Bebeto e Zinho).

Por outro lado, o Sport venceu o Módulo Amarelo, ficando o Guarani em segundo lugar.

5. Eis a lista completa do Módulo Amarelo: América-RJ (que se recusou a disputar a competição), Atlético-GO, Atlético-PR, Bangu-RJ, Ceará-CE, Criciúma-SC, CSA-AL, Guarani-SP, Internacional-SP, Joinville-SC, Náutico-PE, Portuguesa-SP, Rio Branco-ES, Sport-PE, Treze-PB e Vitória-BA. De todos esses times que compuseram o Módulo Amarelo, somente o Guarani havia, até então, conquistado um Campeonato Brasileiro, o de 1978 (depois, o Atlético-PR venceu o de 2001). E nenhum deles, até hoje, conquistou título mundial ou mesmo sul-americano.
6. Outra possível injustiça na seleção dos integrantes do Módulo Verde foi a exclusão do Guarani, vice-campeão de 1986 (além de campeão de 1978). Mas se tratou, no máximo, de uma exceção à regra. Os grandes clubes brasileiros, nenhum observador minimamente isento poderá negar, estavam no Módulo Verde.

Confirmam-se jornais e revistas esportivas da época (como por exemplo a revista *Placar*, líder de mercado): não havia a menor dúvida de que o Flamengo fora o campeão nacional de 1987. Prevaleceu, para a imprensa e o público em geral, a lógica ordinária das competições esportivas. Nenhum campeonato do mundo se decide embolando os melhores da divisão de cima com os melhores de uma divisão inferior.

Dentro do convulsionado futebol brasileiro da década de 80, porém, não era tão simples. Começou então uma “guerra de regulamentos”. Já iniciada a Copa União, a Diretoria da CBF preparou um regulamento prevendo o referido cruzamento, só que tal regulamento não foi aprovado pelo Conselho Arbitral da entidade (formado pelos clubes participantes), como previa resolução do CND – Conselho Nacional de Desportos (órgão administrativo, já extinto, que na época regulava amplamente os esportes no Brasil). Era esse o regulamento, tácito que seja, brandido pelo Sport. Já o Flamengo se apegava a resolução não unânime do Conselho Arbitral da CBF igualmente duvidosa – votada em janeiro de 1988, após a final com o Internacional –, de acordo com a qual o cruzamento não deveria ocorrer. Além disso, o Flamengo seguia a orientação do Clube dos 13, ao qual estava filiado. A mesma postura teve o Internacional, que também era do Clube dos 13 e se houve no episódio de maneira extremamente digna: caso traísse o Clube dos 13, o Internacional voltaria a ter chance de conquistar o título que havia perdido, no campo, para o Flamengo.

A direção da CBF, como já dito, era a favor do cruzamento e determinou a sua realização. Com base na resolução do Conselho Arbitral de janeiro de 1988 – referendada pelo Conselho Nacional de Desportos –, o Flamengo não entrou em campo para enfrentar o Guarani; o Internacional fez o mesmo diante do Sport. Vencedores por W.O., Sport do Recife e Guarani de Campinas foram à final dessa última fase da Copa União (à luz do regulamento preparado pela Diretoria da CBF). Dois jogos foram realizados, o primeiro em Campinas (público de apenas 4.627 pessoas) e o segundo no Recife (público de 26.289 pessoas). Nesse segundo jogo, em 07/02/88, o Sport venceu o Guarani e conquistou o título (o primeiro jogo terminara empatado). Longe das manchetes. Mas com o endosso da CBF.

Reafirme-se, por último, que a CBF contrariou o posicionamento da entidade a quem devia obediência, o CND. Este, em sessão colegiada realizada em 21/01/88, declarou, à unanimidade, que o Flamengo era o campeão de 1987. Ou seja, para a justiça desportiva brasileira, encarnada pelo CND, o controvertido título pertencia ao Flamengo, de fato e de direito.

### 3. A DEMANDA INTENTADA PELO SPORT CLUB DO RECIFE

O Sport intentou ação judicial para ratificar a condição de campeão brasileiro de 1987, que lhe fora atribuída pela CBF em desafio à posição do CND. Como litisconsortes passivos figuraram a própria CBF, o Flamengo, o Internacional e a União Federal (cuja estrutura administrativa abrigava o Conselho Nacional de Desportos – CND). Por conta da presença da União no polo passivo – presença questionada durante o processo, sem êxito –, o Sport pôde litigar perante a 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (Processo 00.0004055-0). Caso a União não fosse ré, a ação correria na Justiça estadual, no foro do Rio de Janeiro (domicílio da CBF e do Flamengo) ou no foro de Porto Alegre (domicílio do Internacional).

Afigura-se de grande importância analisar o conteúdo da demanda ajuizada pelo Sport. Em especial, examine-se a respectiva sentença, proferida em 02/05/94<sup>7</sup>. No relatório, fica claro o objeto litigioso do processo:

“Manifestando seu inconformismo com a tentativa de modificação do regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987, pediu [o Sport] seja reconhecida a sua condição de campeão do aludido certame, declarando-se válido o Regulamento outorgado pela Diretoria da Confederação Brasileira de Futebol, em face da suspensão da convocação do Conselho Arbitral da aludida entidade, por decisão judicial. Pleiteou, outrossim, fossem reputadas inválidas as modificações no dito regulamento, que não obtivessem a unanimidade dos votos do citado Conselho.”

Quanto aos fundamentos da sentença, entendeu-se que deveria prevalecer o regulamento imposto pela Diretoria da CBF, o qual, na pior das hipóteses, teria o assentimento tácito dos clubes. A par da validação do regulamento proveniente da Diretoria da CBF, a sentença negou eficácia à deliberação favorável à pretensão do Flamengo, oriunda do Conselho Arbitral da mesma CBF:

“(…) Diante de tais considerações, avulta não se poder acatar qualquer deliberação do mencionado Conselho Arbitral, com efeitos diretos no regulamento do Campeonato Brasileiro de 1987, que não tenha sido acolhida pela unanimidade de seus integrantes. Isto posto, a supressão do quadrangular já referido não poderia prevalecer. Deveriam os dois finalistas de cada Módulo do Campeonato ter disputado entre si para decidir o efetivo Campeão Brasileiro do citado ano. Recusaram-se o Sport Club Internacional e o Clube de Regatas do Flamengo a participar do cruzamento aludido, como restou incontestado nos presentes autos, dando azo à disputa ser promovida apenas entre o Sport Club do Recife e o

7. Observe-se, *a latere*, que a sentença contém, a fls. 366 dos autos, uma informação intrigante do ponto de vista processual, cujo sentido nossas pesquisas não conseguiram decifrar: “Vieram-me os autos, para exame e deliberação, por força de designação extraordinária do Exmo. Sr. Presidente do TRF 5ª Região.” Não conseguimos apurar a justificativa para essa designação extraordinária, nem se ela feriu o princípio constitucional do juiz natural.

Guarani Futebol Clube, tendo o primeiro, de acordo com as regras pertinentes, se sagrado vitorioso.”

Também fundamental é a reprodução do dispositivo da sentença:

“Em face do exposto, julgo procedentes, *in totum*, as pretensões formuladas na peça exordial, para declarar válido o regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, outorgado pela Diretoria da CBF; declarar, ainda, necessária a aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da dita entidade, para a sua modificação, determinando, outrossim, à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstenham de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral tendente à modificação do suso-citado regulamento, sem a deliberação unânime de seus membros, concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

Com as transcrições feitas acima, conseguimos identificar perfeitamente os contornos objetivos da demanda proposta pelo Sport em face de CBF, Flamengo, Internacional e União Federal. A causa de pedir: basicamente, o estado de dúvida – gerado pela existência de normas regulamentares contraditórias – quanto ao campeão brasileiro de 1987. O pedido (principal): o reconhecimento do Sport, pela CBF, como campeão brasileiro de 1987.

A sentença favorável ao Sport foi mantida em grau recursal, pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Houve ainda a tentativa de levar a causa para o Superior Tribunal de Justiça, mas o recurso especial interposto pela União foi denegado na origem. Sucedeu-se agravo de instrumento, que igualmente não teve sucesso, sendo desprovido por motivos formais (Ag 210.691/PE, rel. min. Waldemar Zveiter, decisão proferida em 10/03/99).

Antes de avançar, deixe-se registrado que foi suscitada, no processo em tela, a preliminar de necessidade de esgotamento das instâncias da justiça desportiva, à vista do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988 (tema que merecerá a nossa atenção adiante). Aliás, o próprio regulamento validado pela sentença dispunha no mesmo sentido do comando constitucional. A sentença afastou a preliminar com base principalmente em dois fundamentos. Em primeiro lugar, o texto constitucional não se aplicaria à demanda do Sport, pois esta fora intentada em fevereiro de 1988, antes de entrar em vigor a Constituição. Depois, sustentou a sentença – numa arrojada aplicação da (mal compreendida) teoria das normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachof<sup>8</sup> – que seria “bastante questionável” a própria constitucionalidade do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988,

8. Exato, a propósito, o comentário de Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 189):

vez que ofenderia o princípio maior da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição).

#### 4. A SUPERVENIÊNCIA DE FATOS RELEVANTES

A decisão judicial transitada em julgado não arrefeceu o ânimo do Flamengo, que continuou reivindicando o título de 1987. O Clube dos 13 seguiu apoiando o pleito do Flamengo. Também os meios futebolísticos, de uma forma geral, continuaram creditando a conquista ao Flamengo, colocando este, na pior das hipóteses, ao lado do Sport.

Para filiar-se ao Clube dos 13, o próprio Sport firmou documento concordando com a divisão do título de 1987, sendo o documento assinado por todos os integrantes do Clube dos 13, na assembleia geral extraordinária da entidade realizada em 09/06/97. Mas nenhuma mudança concreta sucedeu.

A partir de 2010, fatos novos advieram, e o assunto voltou às primeiras páginas.

Em dezembro de 2010, através da Resolução da Presidência (RDP) nº 03/10, a Confederação Brasileira de Futebol promoveu a chamada “unificação dos títulos brasileiros de clubes” a partir de 1959. Para tanto, reconheceu, como campeonatos brasileiros, torneios que antes não tinham tal qualificação. Pensando nos que não são letrados em futebol, vale explicar com calma essa unificação.

Pois bem, foi só a partir de 1971 que se instituiu oficialmente o título nacional de clubes do futebol brasileiro. Assim, apenas os times ganhadores a partir de 1971 (o primeiro deles foi o Atlético de Minas Gerais) eram considerados legítimos campeões brasileiros. Ocorre que, antes disso, houve torneios que já apresentavam abrangência nacional. Foi o caso da Taça Brasil, disputada de 1959 a 1968, e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, disputado de 1967 a 1970 (com características muito similares aos campeonatos nacionais jogados a partir de 1971).

O que fez a CBF então? No ato de unificação, passou a considerar campeões brasileiros, também, todos os vencedores da Taça Brasil, de 1959 a 1968, e todos os vencedores do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, de 1967 a 1970.

O ato de unificação – que não mereceu qualquer questionamento judicial – alterou radicalmente o *ranking* oficial de títulos brasileiros de clubes. Antes, era o São Paulo, com seis títulos reconhecidos, o primeiro do *ranking* (sendo-lhe

---

“Pouco lido e citado por vezes com equivocidade, o trabalho de Bachof não tem as implicações que a ele se tem atribuído.”

reconhecido o título de 1987, também o Flamengo teria seis títulos). Depois da unificação, ascenderam ao topo o Palmeiras e o Santos. Por sinal, foi o Santos o maior beneficiado. Antes da unificação, o Santos só possuía dois títulos brasileiros (2002 e 2004). Passou a oito, acrescentados seis títulos conquistados na “era Pelé” (cinco triunfos na Taça Brasil, de 1961 a 1965, e mais o Torneio Roberto Gomes Pedrosa de 1968).

Com grande interesse para o caso do título de 1987, saliente-se que a unificação promovida pela CBF implicou a aceitação de dois campeões brasileiros no mesmo ano. Foi o que se verificou em 1967 e 1968. Em 1967, o Palmeiras ganhou tanto a Taça Brasil como o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, e por isso somou dois títulos brasileiros. Em 1968, o Botafogo venceu a Taça Brasil, enquanto o Santos ficou com o Torneio Roberto Gomes Pedrosa. Resultado: Botafogo e Santos, de acordo com a unificação levada a efeito pelo CBF, foram declarados campeões brasileiros de 1968.

Apesar da unificação, a CBF continuou não reconhecendo o título do Flamengo em 1987. Como justificativa, a CBF invocou a decisão judicial favorável ao Sport. Ouviu-se então uma enxurrada de críticas à CBF. Sem o reconhecimento do título do Flamengo, a unificação mostrava-se anti-isonômica.

Tome-se, à guisa de exemplo, a última edição da Taça Brasil, referente ao ano de 1968 (embora só tenha sido finalizada em outubro de 1969, mais de um ano após o seu início). Quem a venceu foi o Botafogo, que tinha, sem dúvida alguma, um grande time. Para essa conquista específica, entretanto, o Botafogo precisou enfrentar tão somente três times, dois deles sem maior expressão nacional. Os três times: Metropolitano de Santa Catarina (que não existe mais), Cruzeiro e Fortaleza (em 2011 ocupando a terceira divisão do futebol brasileiro). Para se ter ideia da importância um tanto relativa da competição, diga-se que a série contra o Metropolitano foi ganha pelo Botafogo em virtude de abandono do adversário. E a final contra o Fortaleza, no Maracanã, teve um público de apenas 13.588 pessoas (bastante diminuto para a época).

Compare-se a Taça Brasil de 1968 – que seguiu o padrão das várias edições desse mesmo certame – com o torneio vencido pelo Flamengo em 1987. Para sagrar-se campeão, o Flamengo foi obrigado a fazer 19 jogos, enfrentando os melhores times do país. Na final, conforme já declinado, derrotou o Internacional, clube de enorme tradição no Brasil, diante de um público de mais de 90 mil pessoas.

Ou seja, aparentemente havia, de fato, ofensa ao princípio isonômico. Se a Taça Brasil fora reconhecida como campeonato brasileiro, por que não o Módulo Verde vencido pelo Flamengo?

Em fevereiro de 2011, a CBF voltou atrás, e finalmente reconheceu o Flamengo como campeão brasileiro de 1987 – *ao lado do Sport* –, através da Resolução da Presidência (RDP) nº 02/11, que alterou a RDP nº 03/10 (acima mencionada). Dessa forma, a unificação de dezembro de 2010 passou a alcançar também o título do Flamengo em 1987. Entre os *consideranda* da RDP nº 02/11, consignou-se que “o objetivo da CBF, como entidade de grau máximo da estrutura organizacional do futebol brasileiro, ao editar a citada RDP nº 03/2010, era o de pacificar um tema controvertido de longa data, capaz de suscitar desarmonia no ambiente desportivo, de todo indesejável”. Com o mesmo propósito, dava-se o reconhecimento do título do Flamengo. Dessa forma, 1987 passou a ter dois campeões: Sport Club do Recife e Clube de Regatas do Flamengo.

Vale registrar que a RDP nº 02/11 se escudou em parecer firmado por Álvaro Melo Filho, conhecido especialista em direito esportivo. Nesse parecer, salientou-se: “Além de ser profilático inibir o surgimento de ações judiciais em derredor do referido título, insta prestigiar-se a decisão unânime do Conselho Nacional de Desportos, na época a instância desportiva suprema, que reconheceu a conquista do C. R. Flamengo, sem desfazer ou restringir direito idêntico ao S. C. Recife obtido, sem enunciação de qualquer caráter de exclusividade, no âmbito da Justiça Comum; (...) Este duplo reconhecimento permite a convivência dos decisórios administrativo (em favor do Flamengo) e judicial (em prol do Sport), correspondendo a uma solução quase salomônica e sem empecilhos jurídicos, em que os interesses das duas equipes ficam reconhecidos e garantidos, até porque não se repelem nem se excluem mutuamente. Dito de outro modo, se na ação judicial a opção era Sport ou Flamengo, o que agora está a pretender o C. R. Flamengo, da CBF, é que Sport e Flamengo passem a dividir ou partilhar o título de Campeão Brasileiro de Futebol de 1987 (...)”

Destaque-se no parecer ainda: “Vê-se, então, com clarividência, que tivemos dois torneios – Torneio João Havelange (ou Módulo Verde) e Torneio Roberto Gomes Pedrosa (ou Módulo Amarelo) – disputados de forma autônoma, paralela e separadamente, gerando, portanto, dois campeões e dois vice-campeões. (...) No final de 2010, a CBF reconheceu títulos nacionais de Bahia, Santos, Cruzeiro, Palmeiras, Fluminense e Botafogo, como vencedores da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, obtidos no período de 1959 até 1970. Nesse contexto, não se afigura justo e razoável dar um tratamento não isonômico e discriminatório aos vencedores dos torneios João Havelange e Roberto Gomes Pedrosa, ou seja, não considerá-los campeões do atípico Campeonato Brasileiro de 1987 (...)”



Mas ainda não se encerrara a história do “campeonato sem fim” (expressão do jornalista esportivo Gustavo Poli). Inconformado com a edição da RDP nº 02/11, da CBF, o Sport apresentou, junto à 10ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, pedido de “cumprimento de sentença”, alegando violação à coisa julgada material. Sem o estabelecimento de qualquer contraditório, o pedido foi deferido (Proc. 0004055-52.1900.4.05.8300): “A sentença prolatada às fls. 365/376 e confirmada pelas instâncias superiores, decidindo um pleito em que figuravam como litisconsortes passivos necessários os times finalistas do Campeonato Brasileiro Profissional de 1987, declarou que o título de campeão daquele certame é de direito do autor, não deixando margem interpretativa para a sua divisão com quem quer que seja e, além disso, determinou à ré CBF que fizesse esse reconhecimento, o que significa dizer que mais que uma declaração a entidade responsável pela estrutura organizacional do futebol brasileiro em seu grau máximo deve adotar todas as providências imprescindíveis para fazer tal reconhecimento. (...) Portanto, o ato praticado pela Presidência da CBF (...) consubstancia uma afronta à sentença exarada a fls. 365/376, eis que todas as agremiações futebolísticas ali mencionadas integraram a relação processual por ela decidida, sendo um ato nulo de pleno direito por colidir com a coisa julgada material (...).”

Essa mesma decisão, ao deferir o pleito formulado pelo Sport, introduziu no comando a ser cumprido pela CBF um termo essencial, que não figurou na sentença original: “único”. Confira-se (grifo nosso): “Editando ato oficial em sentido contrário a essa obrigação, no caso o pronunciamento de fls. 613 a 614, salta aos olhos que a CBF não fez o que a sentença lhe determinou, cabendo agora obviamente ser compelida a desfazer o ato contrário e a editar o ato correto reconhecendo o autor como o *único* campeão de 1987.”

Em junho de 2011, cumprindo a decisão judicial (que, para a hipótese de descumprimento, previa multa diária e ainda a apuração de crime de desobediência), a CBF emitiu a RDP nº 06/11, revogando a RDP nº 02/11. Na oportunidade, a CBF fez questão de apor as seguintes ressalvas: “não obstante o referido ato judicial ser passível de recurso e apesar de esta entidade entender que o reconhecimento do título de campeão nacional de 1987 também ao Clube de Regatas do Flamengo não contraria os limites da coisa julgada.”

Contra a decisão da 10ª Vara da Justiça Federal, CBF e Flamengo interpuuseram agravos de instrumento, distribuídos à Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (agravos 0010630-56.2011.4.05.0000 e 0010631-41.2011.4.05.0000, respectivamente), ainda sem julgamento ao tempo da conclusão deste trabalho.

Termina o relato fático. Muitos capítulos do “campeonato sem fim” ainda serão escritos. E neles prevalecerão, mais do que nunca, as letras jurídicas. A polêmica que se põe diz respeito basicamente aos limites objetivos da coisa julgada, como observado na RDP nº 06/11 da CBF. Pretendemos aqui, investigando a dogmática da coisa julgada, bem como o regime jurídico das questões desportivas, apontar a melhor solução para o caso concreto. É o que se passará a ver nas seções seguintes.

## 5. AS PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS NO CASO

Depois da narrativa fática, necessariamente detalhada, é preciso definir as principais questões que serão enfrentadas neste estudo.

A primeira grande questão: quais exatamente os limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport Clube do Recife? Só o Sport é o campeão de 1987? Ou há espaço para uma fórmula diversa?

Ultrapassada a primeira questão, surgirão as seguintes indagações: fatos novos podem ter alguma influência sobre a definição do título brasileiro de 1987? De que forma? Em que medida? Ou porventura a matéria, tal como delineada no processo vencido pelo Sport, é completamente imune a quaisquer fatos novos?

Enuncie-se também o que *não* será objeto de análise.

Para não dilatar em demasia o presente estudo, desviando-o do seu foco principal, não teceremos qualquer comentário específico sobre a recente decisão de “cumprimento de sentença” da 10ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, alvejada por agravos de instrumento da CBF e do Flamengo; e também não examinaremos as repercussões do caso perante a FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), entidade máxima do futebol mundial, cujo estatuto recrimina o encaminhamento de quaisquer pendências surgidas no meio futebolístico às justiças comuns dos países associados<sup>9</sup>.

Antes porém do ataque direto às questões a serem enfrentadas, convém assentar algumas premissas relevantes. Começaremos pela formatação contemporânea do instituto da coisa julgada.

---

9. Não se olvide o fato de que as normas internacionais do esporte são expressamente encampadas pela legislação interna. Assim dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei 9.615/98 (que instituiu normas gerais sobre desporto): “A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto.”

## 6. A COISA JULGADA NOS DIAS ATUAIS: A NECESSIDADE DE UMA LEITURA SUAVE E A REJEIÇÃO DA “COISA JULGADA POLVO”

Dois são os tópicos do capítulo. Os dois cuidarão do impacto de fatos contemporâneos na dogmática da coisa julgada e levarão, de forma convergente, a um mesmo diagnóstico. Vamos ao primeiro tópico.

### 6.1. A sina da coisa julgada em tempos relativistas

Vivemos em uma época pós-moderna – ou “pós-tudo”, no dizer de Luís Roberto Barroso<sup>10</sup>. São tempos inegavelmente conturbados. Acima de tudo, inseguros. Não falamos de insegurança física, embora ela também esteja presente. Falamos de algo diferente, possivelmente inédito na história da humanidade: uma enorme insegurança espiritual, filosófica. Um grande desencantamento. Cercado por relativismos e pluralismos sem fim, o homem contemporâneo vai ficando cada vez mais carente de certezas. Esse quadro de desnorteamento é acelerado pela tecnologia vertiginosa dos nossos dias, muito mais ágil do que qualquer filosofia. Por conta de avanços tecnológicos assombrosos, até o que havia de mais sagrado para o ser humano, a concepção da vida, ganhou contornos plurais. Só a morte continua absoluta.

Em tempos assim, é de se perguntar: qual a sina de um instituto cujo principal negócio é o fornecimento desse artigo tão escasso – a segurança?

À evidência, o direito não é uma ilha. Como produto – e em certa medida agente – da cultura dominante, o direito sofre, inevitavelmente, a influência do solo em que está plantado e do tempo em que está vigorando.

Já era de se esperar, então, que o instituto da coisa julgada não passasse incólume a uma era tão relativista e iconoclasta. Realmente não passou. E no direito brasileiro o solavanco foi bastante forte. Cresceu entre nós o movimento da “relativização” da coisa julgada, que conseguiu a adesão de juristas consagrados. Um deles foi Cândido Rangel Dinamarco. Em texto admirável, assinalou Dinamarco que “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja,

10. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001, p. 11. Outra passagem do mesmo jurista capta muito bem o espírito da nossa época (Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 33, 2006, p. 43-44): “Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo. Para *jingles*, e não para *sinfonias*.”

sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo”<sup>11</sup>.

Esclareça-se que a proposta de relativização da coisa julgada, voltada para situações excepcionais, não busca o aniquilamento da segurança na seara processual, mas sim um equilíbrio maior entre valores igualmente relevantes. Nas palavras de Dinamarco: “A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.*”<sup>12</sup>

Depois de um início fulgurante, fomentando ampla bibliografia e conquistando vários apoios doutrinários ilustres<sup>13</sup>, esse movimento em prol da relativização da coisa julgada passou a ser alvejado por muitas críticas<sup>14</sup>, de resto algo que sempre acontece com teses inovadoras, em qualquer campo científico. De modo extremado, Nelson Nery Jr. chegou a invocar o fantasma do nazismo para fustigar os adeptos da relativização. Depois de citar determinada legislação do tempo de Hitler, criando uma nova causa de rescindibilidade das sentenças de mérito na Alemanha, fuzilou Nery Jr.: “(...) No Brasil, que é república fundada no estado democrático de direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele *acha* que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz.”<sup>15</sup>

11. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material, *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003, p. 28, grifado no original.
12. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material, cit., p. 36, grifado no original. No mesmo texto, p. 32, o autor já havia frisado ser absurdo “eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas.”
13. A primeira edição da obra *Coisa julgada inconstitucional* (coordenador Carlos Valder do Nascimento, Rio de Janeiro, América Jurídica) reuniu, em 2002, vários autores que levantaram a bandeira da relativização: Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e Juliana Cordeiro de Faria.
14. O próprio termo “relativização” é criticado por José Carlos Barbosa Moreira (Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada, *Temas de direito processual: nona série*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 235-236): “(...) Nossa estranheza tem outro motivo. É que, quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada: (...). O que se pode querer – e é o que no fundo se quer, com dicção imperfeita – é a *ampliação* do terreno ‘relativizado’, o *alargamento* dos limites da ‘relativização’.”
15. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 48, grifado no original.

Noutra vertente de defesa da coisa julgada, passou-se a encarecer a sua condição de direito fundamental. É esse o posicionamento de Leonardo Greco, que invoca jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva<sup>16</sup>. Vale a ressalva de que Greco não rejeita de todo a possibilidade de flexibilização da coisa julgada, tendo-se em vista que a segurança jurídica não é um direito absoluto. “[N]o processo civil”, afirma Greco, “é necessário reconhecer direitos fundamentais mais valiosos do que a coisa julgada.”<sup>17</sup>

Sérgio Gilberto Porto, por seu turno, assinala que o respeito à coisa julgada integra o conceito de “cidadania processual” plasmado pela nossa ordem constitucional, devendo o tema da relativização ser tratado com bastante cautela, evitando-se a subversão do sistema processual<sup>18</sup>.

No plano jurisprudencial, a polêmica tese da relativização da coisa julgada mereceu o endosso do Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária recente, tomada por maioria de votos<sup>19</sup>. O caso que foi ao Supremo: passados alguns anos do trânsito em julgado de decisão de improcedência em investigação de paternidade – improcedência por insuficiência de provas, motivada pela falta de recursos do autor para realizar a prova genética –, houve repropositura da demanda, dessa feita confiante na possibilidade de realização do exame de DNA (já que este passou a ser custeado pelo poder público nos casos de pessoas carentes, conforme legislação do Distrito Federal, onde residem as partes, editada após a primeira demanda).

Depois de proceder a uma cuidadosa ponderação de valores, levando-se em conta os direitos em jogo – inclusive o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita –, entendeu nossa corte constitucional que a coisa julgada material formada na primeira demanda não poderia prevalecer, sendo permitida então a repropositura da demanda investigatória, afastado o óbice da coisa julgada.

A decisão, repita-se, não foi unânime. E logo que foi anunciada, como não poderia ser diferente, suscitou acirrada controvérsia. Seja como for, dada a autoridade – e o crescente prestígio – da corte brasileira, a importância do julgado é manifesta, tornando-se referência obrigatória no estudo da coisa julgada, aqui e no mundo.

16. Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, volume II, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 359-363.

17. Leonardo Greco, *Instituições...*, cit., p. 362.

18. Sérgio Gilberto Porto, Cidadania processual e relativização da coisa julgada, *Revista de Processo*, nº 112, p. 23-32, out./dez. 2003.

19. O julgamento foi proferido no RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, em 02/06/11. Votaram contrariamente os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Ao tempo da conclusão do nosso estudo, ainda não fora publicado o respectivo acórdão.

Nem é preciso acrescentar que, com o julgado do Supremo Tribunal Federal, ficou atestada plenamente a seriedade da tese da relativização da coisa julgada. Sem embargo, aqui não interessa chegar a uma conclusão quanto ao acerto ou não da tese, até porque, como se verificará mais à frente, nem o próprio Flamengo advoga qualquer relativização no caso ora em estudo. Interessa, sim, perceber o que subjaz à polêmica da relativização, e dela extrair algumas respostas que se poderiam dizer consensuais, ou quase isso.

Pois bem, a polêmica da relativização da coisa julgada, no final das contas, nada mais faz do que refletir uma diretriz elementar da filosofia jurídica nos tempos atuais, já mencionada brevemente linhas atrás: o direito não pode virar as costas para a realidade. Especialmente o direito processual, em função do seu espírito pragmático, deve ter atenção redobrada para os fatos do mundo real. Uma das grandes propriedades da atual fase instrumentalista do direito processual é exatamente essa permeabilidade a influências exteriores.

Vivemos, reitere-se, em uma época extremamente relativista, que se esmera em pulverizar dogmas e ideologias. A segurança nunca foi um valor tão difícil de alcançar. Tudo que é sólido, hoje, parece desmanchar-se no ar<sup>20</sup>. Nas palavras do consagrado sociólogo Zygmunt Bauman, levamos atualmente uma “vida líquida”, que vem a ser “uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios (...). Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las. (...) É preciso acelerar o ‘alcançar’ caso se deseje provar as delícias do ‘largar’.”<sup>21</sup>

Como conciliar toda essa incerteza da vida pós-moderna – uma vida marcada pela “sucessão de reinícios” e pelo prazer do descarte – com a férrea inflexibilidade tradicionalmente atribuída à coisa julgada? Alguma concessão não se poderia esperar desse regime calcado na rigidez? Ainda haveria lugar para uma entidade capaz, em nome da segurança, de prodígios como fazer branco do preto e do quadrado redondo?

20. Tomamos de empréstimo as palavras de conhecida passagem do Manifesto do Partido Comunista, escrito em 1848 por Marx e Engels, aqui aplicada em outro contexto e com sentido diverso.

21. Zygmunt Bauman, *Vida líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 8.

As respostas às questões que acabamos de formular não parecem complicadas. Se a incerteza é a marca do tempo atual, e quase nada deixa de ser contaminado por algum tipo de relativismo, soa bem natural que também a coisa julgada, um dos bastiões maiores da segurança no campo jurídico, experimente flexibilizações. Não causa surpresa alguma, portanto, o movimento em prol da relativização da coisa julgada. Estranho mesmo seria se não existisse tal movimento.

Para frisar a necessidade de o direito estar sintonizado com a realidade circundante, Lenio Luiz Streck apresenta imagem bastante inspirada: à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção, o jurista não pode se dar o luxo de continuar arrumando o quadro de Van Gogh na parede<sup>22</sup>... No tema da coisa julgada, se há a sintonia com a realidade preconizada por Streck, percebe-se com clareza que ajustes e adaptações são inevitáveis. A grande discussão nem é essa. É outra. Cuida-se de saber como e em que grau devem ocorrer esses ajustes e adaptações. Aí, sim, a complexidade sobe de tom.

É irreal, em suma, sustentar uma coisa julgada imune a flexibilizações nos dias que correm. Só que também não é nada fácil equacionar a medida e a intensidade das flexibilizações. Daí a indagação: estaríamos fadados à divergência e ao impasse? Ou haveria, no que tange ao trato contemporâneo do instituto da coisa julgada, alguma tendência minimamente consensual e conciliatória?

Pensamos que há. Resulta de toda essa agitação no plano da coisa julgada uma plataforma mínima, a que se chega de forma razoavelmente tranquila, sem o aporte de qualquer ousadia relativista. Em que consiste tal plataforma mínima? Vamos lá: a coisa julgada não pode mais, se é que já pôde algum dia, ser tratada de maneira hipertrofiada, quase opressiva. As suas limitações e fraquezas não devem ser ignoradas, até porque é passado o tempo da coisa julgada triunfal, fim maior do processo. O presente rejeita, enfim, uma coisa julgada que se poderia dizer “pesada” – excessivamente espaçosa e otimista. Em consequência, a leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave, mais cautelosa. Eis aí tendências sobre as quais não parece haver maiores dúvidas<sup>23</sup>.

22. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 871.

23. Vale, a propósito, repetir a lição de Cândido Rangel Dinamarco (Relativizar a coisa julgada material, cit., p. 28, grifado no original): “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo”.

## 6.2. A maior necessidade de ponderação entre segurança e liberdade na era da argumentação e da verdade “construída”

E a consideração da coisa julgada como direito fundamental? Uma leitura mais suave da coisa julgada não conspiraria contra essa qualificação?

Decerto que não. A visão mais suave da coisa julgada não nega, em momento algum, a sua condição de direito fundamental. É preciso ter em mente, todavia, que a coisa julgada só significa direito fundamental na medida em que instrumentaliza, no campo processual, o valor segurança, este sim o valor fundamental primário. A fundamentalidade – secundária – da coisa julgada só faz sentido, portanto, se ela tutela de maneira adequada o valor segurança. E uma tutela excessiva tende a não se revelar adequada. Dessa forma, o enquadramento como direito fundamental não pode servir de pretexto para a prevalência de uma coisa julgada hipertrofiada, que erra a mão na sua função instrumental – e acaba por se deslegitimar.

E mais. Conquanto muito relevante socialmente a defesa da segurança, via coisa julgada, ela nunca está isenta de efeitos colaterais nocivos. Quando se fala da imunização característica da coisa julgada, fala-se também de um ato de interdição. Nada existe de tão agudo e contundente no plano das funções estatais. Os atos administrativos podem ser desconstituídos judicialmente ou pela própria entidade que os produziu (enunciado 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal). Também a espécie normativa típica, a lei, pode ser atacada judicialmente ou então revogada. Só a sentença, coberta pela coisa julgada, ganha o timbre da indiscutibilidade e da imutabilidade. É uma pedra que se coloca sobre determinada matéria, para todo o sempre (excetuadas naturalmente as hipóteses de rescindibilidade). Nesse sentido, pode-se dizer que a imunização produzida pela coisa julgada possui caráter autoritário<sup>24</sup>. Não por acaso se fala em *autoridade* da coisa julgada. Quanto maior for a extensão da coisa julgada, maiores serão a força e o império.

Se em qualquer tempo se mostra indispensável domar tanta potência, mais ainda em uma época como a atual, repleta de incertezas, órfã de verdades universais. Numa época assim, visceralmente questionadora e veloz, a faceta discursiva do direito tende a robustecer-se. É compreensível. Se faltam as verdades (apriorísticas)

24. No *Miniaurêlio* (7. ed., 2008, p. 155), autoritário significa “relativo a, ou que se baseia na autoridade, ou por ela se impõe”. É nesse sentido que usamos o termo, e não no sentido de algo despótico, arbitrário. À própria jurisdição se pode atribuir esse traço. Confirmam-se a propósito as palavras de Sergio Bermudes (*Introdução ao processo civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 20-21): “De tal modo é autoritária a jurisdição que, mesmo o ato jurisdicional que deixa de aplicar o direito, ou não lhe dá a melhor aplicação possível pode prevalecer, se não utilizados, ou depois de esgotados, os meios para a sua correção.”



inquestionáveis, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a tal esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*. Como? Por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” – conforme o paradigma legalista –, mas em compensação se agregam participação e virtudes democráticas ao procedimento decisório.

Goza de bastante prestígio nos dias atuais, portanto, uma racionalidade jurídica eminentemente argumentativa, talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados<sup>25</sup>. No direito processual, essa racionalidade argumentativa contribui para a sublimação do princípio do contraditório e o “retorno ao procedimento”<sup>26</sup>.

Reforço da argumentação, sublimação do contraditório, retorno ao procedimento. Tudo isso pede, à evidência, um aumento do grau de *liberdade* dentro do processo. Liberdade para argumentar, replicar, recorrer, suscitar questões novas. Preclusões rígidas podem embaraçar esse ambiente argumentativo, assim como a ausência de meios de impugnação<sup>27</sup>. E a imunização definitiva trazida pela coisa julgada pode ser ainda mais cerceadora, trancando a discussão de matérias ainda não suficientemente debatidas.

25. A revalorização da argumentação no meio jurídico é confirmada pelo grande Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, 25. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89): “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perderase, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios. De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...)”

26. Discorrendo exatamente sobre o “retorno” do processo ao procedimento, assinala Antonio do Passo Cabral (*Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 179): “(...) Muitos juristas e filósofos notaram que, no mundo atual, até mesmo pelas múltiplas cosmovisões observáveis na sociedade humana pluralista, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável. No fracasso histórico de estabelecer uma ‘justiça substancial’, definida e expressa com base em critérios materiais, a ‘justiça possível’ das decisões deveria ser buscada processualmente: assegurando a justeza do procedimento, regras e condições da argumentação prática racional, estaríamos mais próximos de obter o ideal de justiça. Critérios substanciais vão sendo, então, suplantados em favor de questões procedimentais, e as decisões judiciais passam a auferir legitimidade a partir de um processo équo.”

27. Permitam, a propósito, a remissão ao nosso “Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual”, *Revista Forense*, nº 410, p. 155-192, jul./ago. 2010. Nele, sustentamos a necessidade de o processo de índole argumentativa não ser atropelado pelo anseio – que é justo mas não pode virar obsessão – de uma prestação jurisdicional mais célere.

Residem exatamente aí os efeitos colaterais nocivos da coisa julgada, potencializados na era atual. Quanto mais coisa julgada, menos liberdade. De fato, o viés autoritário da coisa julgada, a serviço do valor fundamental segurança, pode chocar-se com a liberdade necessária à afirmação da justiça, sendo que esta é, cada vez mais, uma justiça construída, não apriorística, fruto de um processo argumentativo.

Deixe-se claro que não estamos, por óbvio, preconizando a abolição da coisa julgada. Os benefícios que ela traz costumam superar largamente os efeitos colaterais adversos. Quanto mais liberdade, menos segurança.

No entanto, pelo que mostrou – por mais de um ângulo – a análise contextualizada a que procedemos, é crucial pensar, mais seriamente do que nunca, nos *limites* da coisa julgada. Para que esta continue funcionando legitimamente em meio a tanta incerteza e velocidade, os seus limites devem ser, em muitas situações, reforçados<sup>28</sup>. Confirma-se assim o diagnóstico de que a coisa julgada contemporânea não pode apresentar-se hipertrofiada, com excesso de “peso”. Ela não pode amordaçar o futuro. Nem aprisionar a vida.

Em outros termos, não pode assumir a forma de uma “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos.

Enfim, a coisa julgada continua sendo um instituto fundamental. Mas há de operar na medida certa, levando-se em conta as características da era em que vivemos.

Encerra-se este capítulo. O próximo versará sobre um tema muito caro ao almejado equilíbrio entre os valores segurança e liberdade dentro do processo hodierno: os limites objetivos da coisa julgada.

## 7. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Na atuação da coisa julgada ocupa lugar destacado, como acabou de ser visto, o tema dos limites da coisa julgada. Tais limites não são apenas subjetivos e objetivos, mas também temporais e espaciais. Interessam ao presente estudo de caso os limites objetivos e os temporais. Dos objetivos falaremos agora; dos temporais, na seção seguinte<sup>29</sup>.

28. Não estamos falando evidentemente de uma diretriz absoluta. Na seara das demandas coletivas, por exemplo, há uma tendência no sentido do alargamento dos limites da coisa julgada.

29. Eduardo Talamini – A coisa julgada no tempo (os limites “temporais” da coisa julgada), *Revista Jurídica*, nº 354, abr. 2007, p. 17, grifado no original – faz a seguinte ressalva: “[a] rigor, tal investigação [sobre os limites temporais] concerne aos próprios *limites objetivos* da coisa julgada, razão por que a expressão ‘limites temporais’ é por muitos considerada inadequada.”

A questão dos limites objetivos da coisa julgada diz com a tormentosa definição do objeto litigioso do processo. Na doutrina estrangeira, rios de tinta já se derramaram a esse respeito, com resultados nunca inteiramente conclusivos. A causa de pedir, afinal, integra ou não o objeto litigioso do processo? Entre nós, o Código de 1973 serviu para desbastar a polêmica, deixando claro que só o dispositivo da sentença fica coberto pela coisa julgada.

Interessante, a propósito, é o depoimento de Cândido Rangel Dinamarco. Ele confessa que o assunto já lhe trouxe boa dose de perplexidade, a qual no entanto restou superada. Seu pensamento evoluiu no sentido de considerar que “não há a menor incompatibilidade entre (a) ter como objeto do processo somente o pedido e como objeto da coisa julgada somente os efeitos contidos na parte dispositiva da sentença e (b) reconhecer que a coisa julgada, como fator impeditivo de julgamento do mérito, só ocorrerá se, além de idêntico o pedido, também o forem as partes e a causa de pedir”<sup>30</sup>.

Assim, independentemente de a identificação das demandas observar a teoria dos três elementos (*tria eadem*), tão só a parte dispositiva da sentença fica coberta pela coisa julgada<sup>31</sup>. Nesse sentido, o magistério de José Carlos Barbosa Moreira: “Apenas a lide é *julgada*; e como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão ‘nos limites em que foi proposta’ (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*.”<sup>32</sup>

Em resumo, o pedido formulado pelo autor é que interessa aos limites objetivos da coisa julgada, porque é sobre o pedido, e mais nada, que o dispositivo da sentença se concentrará. A causa de pedir não integra o objeto litigioso do processo, dela se desgrudando, por conseguinte, os limites objetivos da coisa julgada<sup>33</sup>. Tais

30. Cândido Rangel Dinamarco, O conceito de mérito em processo civil, in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I, 4. ed., revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276. Do mesmo autor, em sentido idêntico, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 193-194.

31. É bastante razoável o entendimento de que a teoria da tríplice identidade, em várias situações concretas, não se mostra suficiente, podendo ser usada subsidiariamente a teoria da identidade da relação jurídica. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 213. Vale esclarecer que isso não prejudica uma visão estrita dos limites objetivos da coisa julgada. Ao contrário, a adoção concomitante desta visão estrita dos limites objetivos e daquele entendimento simpático à teoria da identidade da relação jurídica forma um conjunto bastante equilibrado.

32. José Carlos Barbosa Moreira, Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, in *Temas de direito processual: primeira série*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 91, grifado no original.

33. Vale a ressalva de que a causa de pedir, embora não integre o objeto litigioso, serve para “explicar” e “iluminar” o pedido. Além disso, a questão da identificação das demandas, com base nos três elementos, está

noções afiguram-se irrecusáveis dentro do processo civil brasileiro, endossadas que são por vários dispositivos do nosso CPC, sobretudo os arts. 468 a 471, versando diretamente sobre os limites objetivos, e ainda o art. 293, de acordo com o qual os pedidos são interpretados “restritivamente”.

Essa opção do nosso sistema processual lastreia-se em ponderosos motivos. Em primeiro lugar, trata-se de uma opção política. Mais acima, falamos sobre o caráter autoritário da imunização provocada pela coisa julgada, interditando qualquer discussão acerca de um determinado assunto. É algo, insista-se, extraordinariamente forte dentro das funções estatais, desafiando mecanismos de frenagem. Os limites da coisa julgada têm, ordinariamente, essa nobre missão: controlar o poder estatal de interditar discussões.

Também a própria segurança jurídica, veja-se, justifica os limites objetivos estreitos. Sabendo-se que só o dispositivo da sentença, baseado no pedido, é tocado pela coisa julgada, aumenta consideravelmente, para ambas as partes, a previsibilidade relativa aos resultados da demanda. O autor pode definir, com precisão, o que será efetivamente *julgado*. E ao réu se torna possível antever o que de pior a demanda poderá lhe causar. Houvesse extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença, que costumam ser muito mais fluidos, campearia grande insegurança. No dizer de Enrico Tullio Liebman, a referência ao pedido e ao dispositivo da sentença fornece “o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada”<sup>34</sup>.

Saliente-se ainda que a sistemática da coisa julgada é vocacionada para evitar conflitos e impasses de ordem prática, não teórica<sup>35</sup>. Também por isso os limites objetivos incidem sobre a resolução propriamente dita da causa, deixando de lado os fundamentos correspondentes. Se se mostrarem incongruentes e até paradoxais as motivações de duas sentenças, ainda que as causas envolvam as mesmas partes, tal dissonância será puramente teórica.

Ótima aplicação do que estamos vendo encontra-se em parecer de Ada Pellegrini Grinover, destinado a resolver a seguinte questão: transitada em julgado sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de

---

intimamente relacionada com a questão dos limites objetivos da coisa julgada. Tais limites não alcançam, é certo, a causa de pedir. Mas a possibilidade ou não da propositura de uma certa demanda, ante o impedimento da coisa julgada, levará em consideração, obrigatoriamente, a causa de pedir da demanda anterior supostamente idêntica.

34. Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, notas de Ada Pellegrini Grinover, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 57.

35. Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, cit., p. 274; Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 57.

filiação, seria possível ajuizar ação declaratória de inexistência de relação de filiação, dessa feita fundada em ausência de vínculo biológico? A resposta foi positiva, apresentando o parecer as seguintes conclusões: “a) o objeto do processo da ação anulatória da escritura de reconhecimento não é igual ao objeto do processo de ação declaratória de inexistência da relação de paternidade; b) a improcedência da ação anulatória não impede a propositura – e eventual procedência – de ação declaratória de inexistência de relação de paternidade.”<sup>36</sup>

Antes de passar adiante, vale ouvir novamente a palavra de Enrico Tullio Liebman, reforçando ainda mais as observações deste tópico: “A razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima, e não expandir-se fora dela.”<sup>37</sup>

Bem se vê que sempre se preconizaram, entre nós, limites objetivos apertados para a coisa julgada, *até mesmo em função da segurança jurídica*. Considerando o que foi exposto na seção anterior, tal orientação ganha vigor ainda maior no tempo atual.

## 8. COISA JULGADA E FATOS SUPERVENIENTES

Ao falarmos da relação entre coisa julgada e fatos supervenientes, tocamos em outra importante limitação à contundência da coisa julgada.

A propósito do assunto, ressalte-se que, cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Por conta disso, a força jurígena dos fatos é fenômeno que tem merecido atenção crescente, apresentando ricas implicações em vastos setores do direito.

Até mesmo no âmbito da jurisdição constitucional, tradicionalmente normativista e infensa a abordagens tópicas, a escalada dos fatos tem-se intensificado. Prova eloquente disso é a Lei 9.868/99, regulando o processo e julgamento da

36. Ada Pellegrini Grinover, parecer com a seguinte ementa: “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”, *Revista Forense*, nº 353, jan./fev. 2001, p. 242.

37. Enrico Tullio Liebman, Limites objetivos da coisa julgada (comentários ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Petição nº 11.227), *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. II, fascículo II, out. 1945, p. 573-574.

ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ela prevê expressamente, nos seus arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, a necessidade, na jurisdição constitucional, de “esclarecimento de matéria ou circunstância de fato”, caso em que o relator poderá “designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” Não bastasse, o art. 27 do mesmo diploma legal dispõe sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Positivou-se plenamente, dessa forma, a noção de que a interpretação constitucional não é uma operação “pura”, insensível aos odores e essências dos fatos da vida real.

Em sintonia com a legislação, nossa corte suprema já invocou, em alguns casos, a figura da inconstitucionalidade progressiva, que dá bastante relevo a subsídios de ordem fática. Assinalou-se, a respeito, a “evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”<sup>38</sup>.

Também a melhor doutrina brasileira reconhece o crescimento da tendência tópica. Ilustrativos são os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê a sua interação com os *fatos*, tal como pronunciada por um *intérprete*. É claro que os fatos e o intérprete sempre estiveram presentes na interpretação constitucional. Mas nunca como agora.”<sup>39</sup> Coerentemente, admitem os mesmos

38. Recurso Extraordinário 147.776/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento unânime em 19/05/98. O caso em julgamento dizia respeito às atribuições constitucionais da Defensoria Pública, à época ainda não instalada no Estado de São Paulo. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a assistência judiciária aos carentes, atribuição constitucional da Defensoria Pública, pode ser exercida pelo Ministério Público (com base legal no art. 68 do CPP) naqueles locais – como era o caso de São Paulo – em que a Defensoria não esteja organizada nos moldes do art. 134 da Constituição. Em outro caso também relativo à Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal adotou posição semelhante, deixando de reconhecer a inconstitucionalidade do prazo em dobro deferido por lei às Defensorias, “ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública” (HC 70.514, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgamento por maioria em 23/03/94).

39. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação*

autores que a inconstitucionalidade apareça também na modalidade concreta: “[p]ode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza resultado inconstitucional em uma determinada incidência.”<sup>40</sup>

Todo esse apreço pelos fatos contamina também, como não poderia ser diferente, o terreno processual. Trata-se por sinal de uma das características maiores da atual fase instrumentalista. Várias são as manifestações do fenômeno. Brevemente, vejam-se duas dessas manifestações, especialmente relevantes: a) no plano das formas processuais, flexibilizações consideráveis têm encontrado justificativa na peculiar configuração fática do caso concreto<sup>41</sup>; b) no campo da prova, busca-se com muito mais tenacidade a chamada “verdade real”; e ainda por cima avança em nossos tribunais, mesmo à míngua de previsão legal abrangente, a teoria da carga dinâmica, caso a caso se estabelecendo a parte mais preparada para produzir a prova<sup>42</sup>.

Sem prejuízo da boa acolhida às influências tópicas e concretistas oriundas do pós-positivismo, insta sublinhar que a valorização do material fático já é da tradição do sistema processual brasileiro. Nesse sentido, temos a adoção da teoria da substanciação da causa de pedir e a identificação da demanda com base nos três elementos (*tria eadem*)<sup>43</sup>. Assim, o que vincula o juiz nacional, primordialmente,

---

*constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 333, grifado no original.

40. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história..., cit., p. 334. A propósito dessa modalidade concreta, vale o registro de que o Supremo Tribunal Federal, quando indeferiu a suspensão liminar da Medida Provisória 173, deixou assentado que o indeferimento “não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar (ADI 223, rel. min. Paulo Brossard, rel. p/ acórdão min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento por maioria em 05/04/90).
41. Emblemático, a propósito, o Recurso Especial 533.163, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 02/06/05: “Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Indenização. Pedido certo quanto aos danos materiais, fundado na estimativa do dano sofrido. Condenação ao pagamento de quantia superior. Julgamento além do pedido. Não ocorrência. Peculiaridades do caso concreto.”
42. Como se sabe, o CPC brasileiro prevê distribuição *estática* do ônus da prova (art. 333). Setorialmente, contudo, a teoria da carga dinâmica se manifesta: a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não deixa de ser uma aplicação específica da teoria.
43. A identificação com base nos três elementos – tríplice identidade – está positivada de forma categórica no CPC (art. 301, §§ 1º, 2º e 3º). O mesmo não ocorre com a teoria da substanciação, sobretudo porque o art. 282, III, do CPC determina decline o autor, além dos fatos, os fundamentos jurídicos do pedido. Ainda assim, como informa José Rogério Cruz e Tucci, “[a] generalidade dos juristas brasileiros de ontem e de hoje afirma, à luz dos textos legais supracitados, que os Códigos de Processo Civil brasileiros adotaram os postulados da teoria da substanciação” (*A causa petendi no processo civil*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 144). Vale a ressalva de que há autores, como o próprio Cruz e Tucci (mesma obra, p. 146-148), que revelam reservas quanto a essa opinião dominante na doutrina brasileira, preferindo uma posição mais temperada. É o caso também, por exemplo, de Leonardo Greco (*Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 201-204) e Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e*

são os fatos. *Da mihi factum dabo tibi ius*. Havendo alteração do quadro fático, nova demanda se introduz.

Vista a relevância dos fatos em geral para o processo civil brasileiro – notadamente em uma quadra pós-positivista –, entra em pauta o tema dos fatos supervenientes, assim entendidos os fatos posteriores à estabilização da lide (art. 264 do CPC) ou mesmo à formação da coisa julgada. Aqui, particularmente, interessa analisar o regime dos fatos supervenientes à formação da coisa julgada.

No CPC brasileiro, a matéria é coberta, parcialmente, pelo art. 471, I, que cuida de relações jurídicas continuativas: sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, “poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”<sup>44</sup>. Trata-se de aplicação pontual, voltada especificamente para as relações de trato sucessivo. Sem embargo, a norma do art. 471, I, do CPC sintetiza orientação global já mencionada logo acima. A saber, e de maneira mais analítica: sem que prejudique qualquer coisa julgada formada anteriormente, a superveniência de fatos novos, ainda que incidindo sobre um mesmo episódio já levado a juízo, tem o condão de fazer aparecer uma nova demanda, suscetível de provocar uma coisa julgada igualmente nova, inconfundível com qualquer outra.

É bastante conhecido o pensamento de José Carlos Barbosa Moreira sobre a conceituação de coisa julgada: trata-se da imutabilidade do conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referente a uma dada situação litigiosa<sup>45</sup>. Pois bem, fatos novos corporificam uma nova situação litigiosa, que exigirá a aplicação de uma nova norma concreta, cujo conteúdo será imunizado por uma nova coisa julgada. Daí afirmar Enrico Tullio Liebman: “De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença”<sup>46</sup>.

---

*pedido: o direito superveniente*, São Paulo, Método, 2006, p. 86-93). Seja como for, não há dúvida de que a sistemática do processo civil brasileiro dá mais realce à descrição dos fatos do que à do direito.

44. A superveniência é objeto também dos arts. 475-L, VI, e 741, VI, do CPC.

45. José Carlos Barbosa Moreira, *Coisa julgada e declaração*, in *Temas de direito processual: primeira série*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 89.

46. Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 25. Em obra de doutoramento relativa ao tema da eficácia jurídica superveniente, ratifica Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido...*, cit., p. 276): “Pode-se afirmar, como premissa geral, válida inclusive para a hipótese de relação jurídica continuativa ou de trato sucessivo, que a sentença será eficaz enquanto restarem inalterados os pressupostos fáticos e normativos com base nos quais veio a ser prolatada. Essa é a ideia que se encontra na base da asserção de que a força da *res iudicata* tem uma condição implícita, consistente na cláusula *rebus sic stantibus*. Mantém-se intocada na medida em que remanescerem íntegras as circunstâncias relativas à *fattispecie* (fato e direito) que foram reconhecidas como existentes quando da decisão.”



No mesmo sentido se posiciona Eduardo Talamini, em texto acerca dos limites “temporais” da coisa julgada: “(...) também é evidente que os fatos ocorridos depois do trânsito em julgado e que estejam aptos a alterar a relação jurídica que foi objeto da sentença acobertada pela *res iudicata* não esbarrarão no óbice da coisa julgada. Constituirão uma nova causa de pedir, delimitadora de um novo objeto processual.”<sup>47</sup>

Sublinhe-se que, a partir da incontestável premissa da sujeição das decisões à cláusula *rebus*, surgem aplicações peculiares, que tomam como paradigma a norma do art. 471, I, do CPC e acabam por valorizar, sobretudo, o regime jurídico dos fatos supervenientes. Uma dessas aplicações tem lugar na seara ambiental, conforme leciona Marcelo Abelha Rodrigues: “(...) Ora, se os fatos são outros, e supervenientes ao julgado, automaticamente, não há falar em autoridade da coisa julgada (...). Incide aí a cláusula *rebus sic stantibus*, e tal como acontece nas relações jurídicas continuativas, há a coisa julgada material e a eficácia preclusiva da coisa julgada sobre o pedido e sobre os fatos deduzidos ou dedutíveis, respectivamente, mas não sobre aqueles que surgiram após o julgado em razão da instabilidade conatural dos bens ambientais. (...). Se isso vier à tona no curso da demanda, aplica-se o art. 462 do CPC. Se após ela, então não há falar em coisa julgada sobre a situação jurídica nova, resultante da instabilidade dos bens ambientais.”<sup>48</sup>

Na mesma trilha encontramos Leonardo Greco: “(...) Situação semelhante à da ação de alimentos ocorre nas causas que versam sobre a tutela do meio ambiente. Com o avanço dos estudos científicos, pode ocorrer, por exemplo, de a sentença proferida décadas atrás não se mostrar mais adequada à proteção do meio ambiente. Nesse caso, poderá ocorrer a sua modificação para o futuro, de modo a adequá-la aos novos conhecimentos e técnicas sobre o bem que se pretende proteger. A sentença produzirá coisa julgada, mas sua revisão poderá ser levada a efeito se houver modificações no estado de fato ou de direito, dispondo apenas para o futuro.”<sup>49</sup>

É importante para o presente estudo aduzir que, em regra, a mudança do *status quo*, provocada por uma nova situação de fato ou de direito, tem efeitos automáticos e imediatos, operando independentemente de qualquer ação de revisão (sem prejuízo de eventual ação simplesmente para *declarar* a nova realidade). É precisamente esse o magistério de Teori Albino Zavascki: “(...) Convém repetir

47. Eduardo Talamini, *A coisa julgada no tempo...*, cit., p. 18.

48. Marcelo Abelha Rodrigues, *Processo civil ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 201-202.

49. Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 373.

e frisar, todavia, que a ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido. É o caso da revisão de alimentos (...). Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença”<sup>50</sup>.

Antes de seguir, um aviso: nem de longe se está a ignorar a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC. Nesse ponto não pode haver confusão. A não absorção dos fatos novos pela coisa julgada anterior em nada diminui ou esvazia a sua eficácia preclusiva. Pela óbvia razão de que tal eficácia preclusiva diz respeito unicamente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca aos fatos supervenientes. Mais uma vez, a doutrina é remansosa.

José Carlos Barbosa Moreira afirma: “Para que a *quaestio facti* fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário, pois, que o fato seja *conhecido* pela parte; é necessário, contudo, que já tivesse acontecido. A eficácia preclusiva não apanha os fatos *supervenientes*.”<sup>51</sup>

Exatamente na mesma direção se pronuncia Daniel Francisco Mitidiero: “(...) temos de nos ater, ainda, a outras situações que escapam do art. 474 do CPC (...). Como consequência tranquila dos limites temporais do caso julgado, imunes estão, à evidência, os fatos supervenientes à formação dele, os quais, naturalmente, não teriam as partes como se utilizarem em seus articulados.”<sup>52</sup>

Depois de todos os aportes doutrinários colhidos, já podemos concluir esta seção, atinente ao relacionamento entre coisa julgada e fatos supervenientes. À luz do que foi visto, vale enfatizar que a coisa julgada tem, naturalmente, eficácia prospectiva, à medida que interdita discussões para o futuro. Todavia, seu foco é eminentemente *retrospectivo*, servindo para imunizar eventos *pretéritos*<sup>53</sup>. Tanto

50. Teori Albino Zavascki, Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado, in Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré (coord.), *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 557-558.

51. José Carlos Barbosa Moreira, A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro, in *Temas de direito processual: primeira série*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 107, grifado no original.

52. Daniel Francisco Mitidiero, Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, *Revista Forense*, nº 388, nov./dez. 2006, p. 73.

53. Teori Albino Zavascki confirma (Coisa julgada em matéria constitucional..., cit., p. 552): “No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, a regra é a de que, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença opera sobre o passado, e não sobre o futuro.” No mesmo texto, logo a seguir, é invocada a doutrina de Francesco Carnelutti, para quem “[a]o princípio da *irretroatividade da lei* corresponde o da *retroatividade da sentença*.”

assim que, quando se trata de relações continuativas, que se projetam para o futuro, a aplicação do instituto não raro apresenta embaraços<sup>54</sup>.

Essa feição retrospectiva da coisa julgada, nem é preciso dizer, afigura-se de grande relevância para o presente estudo de caso. Insista-se pois: a coisa julgada não pode exorbitar do passado. *Ela seria excessivamente autoritária se se arvorasse a bloquear, também, a apreciação e a incidência de fatos supervenientes.* Domar o futuro é tarefa para deuses, categoria na qual os institutos jurídicos e seus operadores certamente não se inserem.

## 9. O PECULIAR REGIME CONSTITUCIONAL DAS QUESTÕES DESPORTIVAS

Antes de entrar nas partes conclusivas do presente estudo, ainda há uma estação a ser superada. No processo instrumentalista contemporâneo, as interpretações são consideravelmente influenciadas pela matéria substancial em jogo. Daí se falar, por exemplo, em um “processo civil ambiental” (título de obra aqui já citada, escrita por Marcelo Abelha Rodrigues). É preciso, pois, cuidar do regime jurídico das questões desportivas, muito especialmente do seu regime constitucional.

A Constituição de 1988 promoveu notavelmente o setor desportivo. Incluiu-o no título da ordem social, em capítulo ao lado da educação e da cultura. Só essa posição já evidencia o destaque dado pela Constituição, que além disso prescreveu um regime de bastante autonomia não só para as entidades desportivas mas também para a “justiça desportiva”, como será frisado a seguir. Dessa forma, ficou refletida no texto constitucional a transcendência cada vez maior do esporte na vida das pessoas e das sociedades.

Na vida das pessoas, é certo que o esporte, sobretudo a partir da década de 70, tem sido crescentemente valorizado, como forma de lazer – outro direito social fundamental da nossa Constituição – e também de bem-estar físico e mental, servindo a uma abordagem muito mais positiva da questão da saúde, centrada no modelo preventivo.

Na vida das sociedades, a importância atual do esporte é óbvia. Sempre mexeu com a autoestima dos povos e com a própria imagem externa de países e regiões. Agora, tornou-se também um colosso do ponto de vista econômico, coisa que

54. Sintomático, a esse respeito, é o equívoco que se lê no art. 15 da Lei 5.478/68. Ao contrário do que diz o dispositivo, a decisão judicial sobre alimentos transita normalmente em julgado – e se expõe em tese a pleito rescisório –, sem prejuízo de eventual ação de revisão fundada na modificação da situação financeira dos interessados.

podemos sentir claramente no Brasil, às vésperas da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. Transformou-se o esporte em atividade que, direta ou indiretamente, movimenta cifras bilionárias e responde por milhões e milhões de empregos mundo afora<sup>55</sup>.

Vale aduzir que a autonomia consagrada pela nossa Constituição inspira-se também em uma tradição universal. Desde tempos imemoriais o desporto representa instância timbrada, em maior ou menor grau, pela autonomia. Basta lembrar que, na Grécia antiga, os jogos olímpicos então realizados tinham o poder de interromper guerras, trazendo autêntico armistício entre as pólis gregas<sup>56</sup>.

Assim, explica-se a redação do inciso I do art. 217 da Constituição, garantindo “a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento”.

Não se trata, é claro, de independência ou soberania. Principalmente em um país como o nosso, de fortes raízes corporativas, há de se tomar cuidado com as autonomias concedidas, não se devendo permitir que elas ganhem vulto exagerado. De qualquer forma, a autonomia do setor desportivo é, no Brasil, uma realidade constitucional, não podendo ser ignorada no presente estudo de caso.

Martinho Neves Miranda, em obra específica a respeito do direito desportivo, por ele considerado um “novo direito” – em que pese ainda não estar suficientemente sedimentado em termos dogmáticos –, justifica bem a aludida autonomia. Adotando uma visão pluralista do direito, calcada basicamente no institucionalismo preconizado por Hauriou e Santi Romano, entende Miranda que as regras germinadas no universo das organizações desportivas perfazem um autêntico ordenamento jurídico, desafiando portanto o suposto monopólio estatal da produção do direito<sup>57</sup>. E, ainda que se endosse em linhas gerais a tese positivista da completude do ordenamento jurídico estatal, as regras desportivas podem ser vistas como uma exceção à regra<sup>58</sup>. Assinala Miranda: “o sistema desportivo encontra-se estruturado em torno de associações seculares que regulam o desenvolvimento das

55. Reportando-se a uma fonte de 2004, relata Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 1-2): “Em nosso país, por exemplo, dados recentes e impressionantes apontam que 110 (cento de dez) milhões de brasileiros são praticantes de atividades físicas, sendo 51% (cinquenta e um por cento) regulares e 12% (doze por cento) muito ativos ou atletas, enquanto a indústria do desporto nacional movimenta US\$ 12 bilhões, o que representa 1,7% do PIB nacional, empregando 1,5 milhões de pessoas.”

56. Martinho Neves Miranda, *O direito no desporto*, cit., p. 82.

57. Martinho Neves Miranda, *O direito no desporto*, cit., p. 64-69.

58. A esse respeito, Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 68-69) cita entendimento doutrinário no sentido de que o ordenamento desportivo consistiria no único exemplo de genuíno ordenamento colocado à margem dos Estados.

competições em todo o mundo, impondo-se diante dos praticantes que seguem suas regras, independentemente dos Estados em que se situem”<sup>59</sup>.

A mesma preocupação com a autonomia desportiva vai se verificar, até com mais intensidade, nos §§ 1º e 2º do art. 217 da Constituição. Está no § 1º: “[o] Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.” Em complemento, dispõe o § 2º que “[a] justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

Temos aí a única exceção admitida pela Constituição em relação ao princípio que ela própria inscreveu no seu art. 5º, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, que vem a ser, como todos sabem, direito fundamental de primeiríssima grandeza, além de pedra angular do sistema processual.

Somente o terreno desportivo, insista-se, ficou fora da sacrossanta inafastabilidade. As razões para tamanha deferência já eram alardeadas por respeitados autores bem antes da promulgação da Constituição de 1988<sup>60</sup>. Elas podem ser compreendidas sem maior dificuldade.

Rafael Teixeira Martins, a propósito, narra interferências indevidas do poder jurisdicional em matéria esportiva que chegam a ser cômicas. À guisa de exemplo: “[u]ma juíza em Rondônia concedeu *habeas corpus* a um jogador apenas por cinco partidas de suspensão perante a Justiça Desportiva, para atuar num jogo decisivo, alegando ‘liberdade de ir e vir dentro do campo de futebol’.”<sup>61</sup>

59. Martinho Neves Miranda, *O direito no desporto*, cit., p. 65. Vale a ressalva de que Miranda não leva a extremos a autonomia do ordenamento desportivo, dizendo que este não pode ficar completamente alheio à regulamentação pública (p. 96), o que acaba por mitigar a visão institucionalista defendida na obra. Além disso, não nega Miranda que, dado o relevo crescente do fenômeno esportivo, a presença estatal tende a agigantar-se, criando tensões e conflitos entre normas públicas e privadas, bem como entre a justiça comum e a denominada justiça desportiva. É nesse sentido, segundo Miranda, que o direito desportivo seria um direito em “verdadeira competição”, demandando, na sua compreensão, grande dose de equilíbrio (p. 129-130): “Ao mesmo tempo em que se constatou nesse universo a existência de um ordenamento privado, produtor de normas dotadas de eficácia incontestável perante os membros que o compõem, dotado de princípios próprios, fortemente organizado e hierarquizado, também restou evidenciada a necessidade da presença do Estado, por se ter transformado o desporto em assunto de inegável interesse público. (...) Portanto, quanto se cogita analisar o Direito Desportivo, a preocupação que deve vir à mente do cientista jurídico é a de conjugar as forças normativas do ordenamento público com aquele emanado do ordenamento privado, na medida em que esse novo ramo do Direito apenas poderá exercer efetivamente a sua função quando souber ordenar adequadamente os elementos de natureza diversa que o compõem.”

60. Consultem-se, nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol, *Revista de Processo*, nº 31, p. 37-60, jul./set. 1983; e Álvaro Melo Filho, Do contencioso desportivo: sugestão de *lege ferenda*, *Revista Forense*, nº 290, p. 441-445, abr./jun. 1985.

61. Rafael Teixeira Ramos, Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o Poder Judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 13, jan./jun. 2008, p. 31.

Bem se percebe que as questões desportivas não podem ser decididas de maneira descontextualizada, exigindo, além disso, soluções rápidas, que não ponham em risco a continuidade das competições, as quais envolvem atletas, torcedores e também contratos de altíssimo valor (como por exemplo o contrato de televisãoamento dos jogos do campeonato brasileiro de futebol). Daí o acerto de uma “justiça desportiva” nos termos – excepcionais que sejam – da nossa Constituição.

Em reforço ao que acabou de ser dito, ouça-se Rodolfo de Camargo Mancuso: “Não é difícil perceber que as reiteradas intervenções jurisdicionais nas controvérsias desportivas, mormente no âmbito do futebol, parece que mais acirram os ânimos, do que os aplacam. Ademais, indispõem entre si ambas as instituições, contribuindo, ainda, para o desprestígio da Justiça Desportiva perante os clubes, atletas, entidades e associações, emprestando um caráter de ‘transitoriedade’ às decisões desportivas. Por fim, essa interação enseja que juízes togados vejam-se envolvidos com certos episódios tumultuosos e popularescos, nem sempre compatíveis com a respeitabilidade da toga.”<sup>62</sup>

Acrescente-se que a Constituição de 1988 sepultou definitivamente um regime de arbítrio que produziu excrescências como o AI-5, vedando a apreciação judicial dos atos praticados pelos detentores daquele poder espúrio. Muito natural que, ao tempo da fase constituinte, fosse sumamente valorizada a inafastabilidade do controle jurisdicional. Ainda assim, foi aprovada a exceção relativa à justiça desportiva. Hoje, quando se nota claramente a saturação atingida pelo Judiciário brasileiro – tendo crescido sobremaneira a demanda por mecanismos alternativos e “desjudicializantes” – com muito mais razão é de se reputar conveniente o regime especial das lides desportivas, que pedem uma primeira instância rápida e especializada<sup>63</sup>.

Não obstante, a pecha da inconstitucionalidade continua a espreitar o art. 217, § 1º, da Constituição. Seria a confirmação cabocla da teoria das normas

62. Rodolfo de Camargo Mancuso, *A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções...*, cit., p. 54. Acrescenta Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 156): “Outro problema relacionado à submissão das questões desportivas ao Judiciário diz respeito à ineficácia das decisões por ele proferidas no plano internacional, já que eventuais provimentos que se destinem a viabilizar a participação em competições fora do território nacional não são reconhecidos pelas federações internacionais.”

63. Referendando a conveniência da exceção, afirma Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 157): “Em virtude de todas as consequências negativas oriundas da discussão das questões desportivas perante o Judiciário, buscou o constituinte adotar uma solução intermediária, pois ao mesmo tempo em que não impede o acesso dos cidadãos a esse Poder, prevê a submissão prévia ao contencioso interno do desporto organizado.” Por seu turno, pondera Rafael Teixeira Ramos (*Justiça desportiva brasileira...*, cit., p. 36-37) que a exceção relativa à justiça desportiva é confortada pelos princípios constitucionais da autonomia desportiva (art. 217, I), da liberdade de associação (art. 5º, incisos XVI a XXI) e da iniciativa privada (art. 170, *caput*).

constitucionais inconstitucionais, do alemão Otto Bachof. Mas a pecha não procede. Além de aplicações tais já terem sido rejeitadas mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal<sup>64</sup>, é bem provável que nem o próprio Bachof as subscrevesse. De fato, leitura mais atenta da obra do jurista alemão indica que, quando se trata do suposto conflito entre duas normas positivadas concomitantemente pelo constituinte originário, Bachof praticamente descarta a hipótese da inconstitucionalidade. As suas palavras: “ora, no caso de contradição aparente entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida, ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como exceção à regra, ou no de que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição. Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-exceção, assim, como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo.”<sup>65</sup>

A rejeição da esdrúxula tese da inconstitucionalidade do art. 217, § 1º, da Constituição não implica, à evidência, deva a norma ser interpretada de maneira expansiva e exagerada. Muito ao contrário: por se tratar de exceção – e logo por cima a um princípio de enorme importância dentro do sistema –, merece interpretação restritiva, consoante recomenda regra elementar de hermenêutica. Chega-se assim, sem maior drama, à necessária harmonização entre as normas do art. 5º, XXXV e do art. 217, § 1º, da Constituição<sup>66</sup>.

Portanto, só mesmo “as ações relativas à disciplina e às competições desportivas” estão obrigadas ao curso inicial da justiça desportiva, até o esgotamento desta, no prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo. Quanto às ações relativas à disciplina, sua delimitação tende a ser tranquila<sup>67</sup>. Um pouco

64. Na ADI 815, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento unânime em 28/03/96, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. (...). Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” No mesmo sentido: AgR na ADI 4.097, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento unânime em 08/10/08.

65. Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra, Almedina, 2008, p. 59.

66. Zaiden Geraige Neto (*O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 74-75) confessa que chegou a flertar com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, mas acabou se fixando em uma posição mais equilibrada, qual seja: não existe a inconstitucionalidade, em tese, do art. 217, § 1º, da Constituição; no entanto, caso apareça, concretamente, risco de prejuízo para o jurisdicionado, deve prevalecer o princípio do art. 5º, XXXV, da Constituição.

67. Por exemplo, uma punição por *doping* deve ser questionada, em primeiro lugar, na justiça desportiva. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação 1111386-03.2007.8.13.0271,

mais de dificuldade pode haver no que tange à identificação das ações relativas “às competições esportivas”, dado o caráter mais aberto da expressão posta na Constituição. Com base em enumeração feita por Rodolfo de Camargo Mancuso, podemos dizer que tais ações abrangem “a organização de campeonatos, sua duração, número de clubes que deles participarão; estabelecimento de critérios para o ‘acesso’ e ‘descenso’ de clubes entre as ‘divisões’ superiores e inferiores; [e] demais controvérsias afins, envolvendo critérios de conveniência/opportunidade estabelecidos pelos órgãos do desporto para o mundo do desporto.”<sup>68</sup>

Fora desse “mérito desportivo”, não se justifica, evidentemente, a exigência do art. 217, § 1º, da Constituição. É o caso, por exemplo, de disputas trabalhistas entre atletas e clubes, de ações penais motivadas por lesões dolosas ocorridas dentro das competições e de pleitos de torcedores com base na Lei 10.671/03 (Estatuto de Defesa do Torcedor)<sup>69</sup>.

Por falar em “mérito desportivo”, uma última questão se põe antes de tornarmos à coisa julgada e ao caso concreto: qual exatamente a força e o grau de incolunidade, perante o poder jurisdicional, das questões compreendidas no art. 217, § 1º, da Constituição? Existe realmente um “mérito desportivo”, naquele sentido de atos que não podem – a exemplo dos atos administrativos discricionários – ter a conveniência e a oportunidade devassadas pelo Judiciário? Ou não há qualquer limitação quanto ao controle judicial das decisões da justiça desportiva?

Como já seria de se esperar, o tema propicia bastante controvérsia, até porque diz respeito à própria natureza da justiça desportiva, outro tema igualmente

---

rel. des. Pedro Bernardes, Nona Câmara Cível, julgamento unânime em 02/12/08): “Apelação Cível. Ação Anulatória de Ato Administrativo c/c Reparação de Danos. Competição Esportiva. Não Exaurimento das Instâncias Esportivas. Recebida uma demanda sobre questões relacionadas ao esporte, além da verificação da presença das condições da ação, há de se observar se o autor preenche o requisito específico previsto no § 1º, do artigo 217, da Constituição Federal, qual seja, o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva como pré-requisito para o acesso ao Poder Judiciário.”

68. Rodolfo de Camargo Mancuso, As lides de natureza desportiva em face da justiça comum: uma contribuição para a superação das dificuldades daí resultantes, *Revista dos Tribunais*, nº 631, maio 1988, p. 61.

69. Trata-se evidentemente de um rol não exaustivo. Por conta disso, foi vetado dispositivo da Lei 9.981/00 (que alterou a Lei 9.615/98) segundo o qual as matérias de ordem trabalhista e de direito penal comum não seriam apreciadas pela justiça desportiva. Conforme o veto, lavrado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, o dispositivo “leva à falsa impressão de que outras lides não poderão ser objeto de exame da justiça comum, o que é falso”. A propósito, lembra Rafael Teixeira Ramos (Justiça desportiva brasileira..., cit., p. 39-40) dois casos que extrapolaram a esfera da justiça desportiva: em 2004, a morte durante uma partida de futebol do zagueiro Serginho do São Caetano, fato que gerou denúncia, por homicídio culposo, em face do presidente e do médico do clube; e as ofensas de caráter racista que teriam sido proferidas por jogador de futebol argentino, Leandro Desábato, contra o atleta brasileiro Grafite, em jogo da Copa Libertadores da América realizado em 2005, provocando a prisão do argentino logo após a partida.



assolado por muitas dúvidas<sup>70</sup>. Pensamos que as decisões desportivas se revestem de uma força especial, só podendo ser desconstituídas pela justiça estatal em hipóteses de inconstitucionalidade – por exemplo a afronta a direitos fundamentais –, ilegalidade e manifesto erro ou abuso. Não fosse assim, haveria incoerência no sistema constitucional. Com efeito: se as decisões desportivas carecessem de maior força, qual seria a razão do prévio exaurimento imposto pela Constituição? É uma questão de congruência. O mesmo imperativo da especialização – que provoca o curso forçado da justiça desportiva – determina também esse resguardo maior em relação à atividade jurisdicional<sup>71</sup>.

Esclareça-se que o entendimento exposto não quer conferir às decisões desportivas a mesma natureza dos atos discricionários do poder público. As diferenças entre estes e aquelas são gritantes. Contudo, no que tange ao grau de suscetibilidade à revisão judicial, um paralelo pode realmente ser feito. Foi o que aconteceu no julgamento de recurso referente à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da Confederação Brasileira de Futebol, Clube Atlético Bragantino, Fluminense Football Club e outros, motivada pelo não rebaixamento do Bragantino e do Fluminense após o Campeonato Brasileiro de 1996, quando Bragantino e Fluminense ocuparam as últimas posições.

No acórdão respectivo (que aliás rejeitou a preliminar de carência de ação em virtude do não esgotamento das instâncias desportivas), foi assinalado: “O ato perpetrado pela Confederação Brasileira de Futebol consistente em deixar de ‘rebaixar’ à Série ‘B’ duas agremiações futebolísticas no Campeonato Brasileiro de 1996 não pode ser tido como ato ilícito. (...) Penso ser possível traçar-se, neste tanto, um paralelo com o Direito Administrativo – com todas as ressalvas, já que não se trata aqui de pessoa jurídica de direito público. É que a decisão da CBF

70. Sensata, a respeito, a opinião de Rafael Teixeira Ramos (*Justiça desportiva brasileira...*, cit., p. 46), no sentido de que se trataria de uma natureza inteiramente atípica – nem administrativa, nem arbitral: “A Justiça Desportiva implantada no ordenamento jurídico brasileiro, completamente distinta dos demais meios de resolução de conflitos, assume caracteres exclusivos por força da opção do legislador constituinte.” Na seara jurisprudencial, há muitos anos, assinalou o Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Atribuições nº 53, rel. min. Waldemar Zveiter, Segunda Seção, julgamento unânime em 27/05/98): “Conflito de Atribuições – Tribunal de Justiça Desportiva – Natureza Jurídica – Inocorrência de Conflito. 1. Tribunal de Justiça Desportiva não se constitui em autoridade administrativa e muito menos judiciária, não se enquadrando a hipótese em estudo no art. 105, I, g, da CF/88. 2. Conflito não conhecido.”

71. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (*A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções...*, cit., p. 54): “o contraste jurisdicional há que se restringir ao exame da legalidade estrita, sem possibilidade, ao nosso ver, de revisão quanto aos eventuais aspectos tipicamente discricionários ou políticos embutidos no ato ou decisão guerreados.” Em sentido antagônico, a excelente monografia de final de curso apresentada por Felipe Branco Bogdan na Universidade Federal de Santa Catarina em 2009, intitulada “A justiça desportiva e o Poder Judiciário: uma análise à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos> – acesso em 30/06/11).

quanto a que providências tomar diante do ‘escândalo’ de arbitragem se encontrava num vácuo regulamentar (...). Poder-se-ia dizer, portanto, que naquele momento a Confederação agiria num espaço de discricionariedade (...). Estar-se-ia – repisando mais uma vez que falamos em simples paralelo – diante do mérito administrativo, que ao Judiciário só é dado rever quando foge à lógica do razoável e do proporcional, não sendo o caso. Tão maior razão há para assim concluir, já que estamos diante de direito privado, onde o princípio da legalidade tem uma conotação mais alargada, isto é: tudo quanto não é proibido, é permitido; sendo certo que não há proibição legal à solução encontrada pela Confederação apelante.”<sup>72</sup>

Com a reprodução acima – envolvendo assunto que, na sua época, alcançou grande polêmica –, encerramos as considerações sobre o regime jurídico-constitucional das questões desportivas, bem como sobre as controvérsias que cercam esse “novo direito”. O que tais considerações acrescentam ao nosso estudo de caso? Mais especificamente, qual a influência delas em relação ao tratamento da coisa julgada no caso concreto?

Antes de responder, diga-se que as controvérsias atinentes ao direito desportivo foram declinadas a título ilustrativo. O exato deslinde de cada uma não é decisivo para o equacionamento do caso concreto. Muito relevante, sim, mostra-se o conjunto das questões. Mirando pois esse conjunto – a floresta do direito desportivo, e não as idiosincrasias das suas árvores –, qual o panorama que se pode visualizar?

O que se visualiza, de maneira muito nítida, é um território ávido por autonomia. Há, naturalmente, ressalva a fazer: dada a inevitabilidade do intervencionismo estatal sobre o esporte nos dias atuais, falamos da autonomia possível, sem saber ao certo a sua medida. De todo modo, a marca fundamental do direito desportivo é mesmo a busca por autonomia, a ponto de ser considerado, até, um ordenamento à parte da regulação estatal (Martinho Neves Miranda). E não se trata, é bom frisar, de uma pretensão de autonomia aventureira, como tantas outras. A nossa Constituição a respalda, da forma mais explícita possível.

Nesse contexto, como se regula a coisa julgada referente à matéria desportiva?

Coisa julgada, já salientamos, é o máximo de intervencionismo que se pode conceber na esfera estatal. É decidir algo e não permitir, para o resto dos tempos,

72. Apelação Cível 2008.001.17342, rel. des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Terceira Câmara Cível do TJ/RJ, julgamento unânime em 02/12/08. Em tempo, reproduza-se, do acórdão respectivo, mais um trecho interessante, tocando na questão da judicialização das relações sociais e políticas: “(...) O que propiciou essa mudança de comportamento nas instituições do futebol brasileiro não foram as decisões judiciais, mas sim uma gradual e constante mudança cultural que perpassou a sociedade como um todo – para a qual, talvez, aquele episódio tenha servido como catalisador.”

que a decisão possa ser rediscutida. Por isso a coisa julgada tem limites, os quais sinalizam muito bem a importância da técnica processual para a concretização de valores maiores. Em prol da contenção do poder, a técnica processual oferece esse mecanismo valioso dos limites da coisa julgada. Grande é a função *garantística* desses limites.

Parece razoável, então, que no campo tipicamente desportivo – demarcado pelo art. 217, § 1º, da Constituição – devam os limites da coisa julgada funcionar de modo vigoroso, evitando que área por demais extensa seja atingida pela imunização respectiva. Ou seja, mais contida ainda, nesse campo, há de ser a imunização trazida pela coisa julgada, refletindo a deferência que merecem, por força da Constituição, as instâncias desportivas.

Em suma, versando a causa sobre matéria tipicamente desportiva, a coisa julgada não ficará, é óbvio, impedida de se formar. Todavia, seus limites vão exigir leitura restritiva particularmente severa, permitindo que a matéria seja, em alguma medida, reavaliada pelas instâncias desportivas, de acordo com as suas peculiares necessidades. É o que recomenda o regime constitucional do direito desportivo, visitado neste tópico que ora se fecha.

## 10. CONCLUSÃO PARCIAL, À VISTA DAS PREMISSAS EXAMINADAS

Após o detalhamento empírico do caso concreto, primeiro passo do nosso estudo, anunciamos que, antes do enfrentamento das questões jurídicas controvertidas, assentaremos algumas premissas relevantes. Com tal objetivo, desenvolvemos quatro tópicos: a) a coisa julgada nos dias atuais; b) os limites objetivos da coisa julgada; c) coisa julgada e fatos supervenientes; e d) o peculiar regime constitucional das questões desportivas. Agora que foi cumprida essa segunda etapa, mostra-se conveniente, a bem da clareza, enunciar uma conclusão parcial, extraída da pesquisa até aqui realizada.

Pois bem, a abordagem do instituto da coisa julgada revelou tendência restritiva (pelo menos no que concerne a lides individuais), a se manifestar muito intensamente na definição dos seus limites objetivos, nestes se podendo incluir os chamados “limites temporais”. Abonando substancialmente essa direção restritiva, veio a análise do regime constitucional do direito desportivo, matéria-prima do caso concreto.

De tudo que foi examinado, pode-se deduzir uma diretriz valiosa, autêntica *regra de ouro*, para conduzir o bom equacionamento do caso concreto. Qual seja: *havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.*

## 11. VOLTANDO AO CASO CONCRETO: OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Retornamos finalmente ao caso concreto. Como a essa altura o texto já se mostra extenso, convém proceder a uma brevíssima recapitulação dos dados empíricos.

Por conta da confusão relativa ao regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987, denominado “Copa União”, o Sport Club do Recife intentou ação judicial, que restou vitoriosa, para ser reconhecido como campeão de 1987, em detrimento do Clube de Regatas do Flamengo, vencedor do chamado “Módulo Verde” da Copa União. Mais recentemente, a CBF, entidade máxima do futebol brasileiro, no bojo de uma iniciativa visando à completa unificação dos títulos brasileiros – que beneficiou vários times, principalmente o Santos Futebol Clube e a Sociedade Esportiva Palmeiras –, reconheceu que também o Flamengo deve ser, *ao lado do Sport*, considerado campeão de 1987.

Nesta seção, investigaremos os limites objetivos da coisa julgada na demanda intentada pelo Sport em face de CBF, Flamengo, Internacional e União Federal. Para tanto, é crucial a reiteração dos contornos objetivos da causa.

Como já vimos antes, a causa de pedir foi, basicamente, a incerteza – gerada pela existência de normas regulamentares contraditórias – quanto ao campeão brasileiro de 1987.

Quanto aos pedidos, foram vários: a) declaração de validade do regulamento do Campeonato de 1987 outorgado pela Diretoria da CBF; b) declaração da necessidade de aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da CBF para a modificação do regulamento por ela outorgado; c) condenação da Confederação Brasileira de Futebol – CBF e da União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) a se absterem de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral da CBF tendente à modificação do regulamento mencionado, sem a deliberação unânime de seus membros; d) a condenação da CBF a reconhecer o Sport como campeão brasileiro de futebol profissional do ano de 1987.

Todos os pedidos foram julgados procedentes pela sentença de primeiro grau, que foi confirmada em grau de recurso. Transcreva-se novamente, para não haver qualquer dúvida, o dispositivo da sentença:

“Em face do exposto, julgo procedentes, *in totum*, as pretensões formuladas na peça exordial, para declarar válido o regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, outorgado pela Diretoria da CBF; declarar, ainda, necessária a aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da

dita entidade, para a sua modificação, determinando, outrossim, à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstenham de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral tendente à modificação do suso-citado regulamento, sem a deliberação unânime de seus membros, concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

Feita a recapitulação, podemos avançar, dissecando o assunto.

### **11.1. O que se contém, expressamente, nos limites da coisa julgada existente?**

Partimos da premissa de que a condição do Sport de campeão brasileiro de 1987 ficou perfeitamente coberta pela coisa julgada. É um ponto que prescinde de justificação mais elaborada. Somando-se a eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474) com a impossibilidade de repetição da lide já decidida (CPC, art. 267, V, c/c art. 301, §§ 2º e 3º), resta absolutamente inexpugnável o título do Sport. Mesmo que surjam fatos novos de grande relevo, lastro suficiente à perpetuação do título do Sport já está coberto pelo manto da imutabilidade. Temos aí uma situação perfeitamente consolidada.

Assentado que nada terá o condão de tirar o título do Sport, surge a questão crucial: à luz da coisa julgada que se cristalizou, poderá o Sport, por algum motivo, perder a condição de *único* campeão brasileiro de 1987? Para responder, é preciso saber, em primeiro lugar o que se contém, *de forma expressa*, nos limites da coisa julgada. Verificações puramente factuais, despidas de juízo de valor, dão conta do problema.

Antes de mais nada, saliente-se a inexistência de qualquer pedido, na demanda vencida pelo Sport, no sentido de que ele fosse considerado o *único* campeão de 1987. Tal constatação sobe de importância à vista da riqueza e da variedade dos pedidos formulados pelo Sport. De fato, os pedidos formulados tentaram cercar todas as possibilidades, até de maneira redundante. Repare-se a propósito que a sentença, em consonância com o pedido, determinou à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstivessem de “ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral (...)”. Apesar de tanto zelo, insistiu-se, não figurou no pleito a pretensão de exclusividade.

Além disso, também não foi pedida qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Não houve ainda, na demanda intentada pelo Sport, qualquer pedido de desconstituição da decisão do CND (prolatada na época em que o CND encarnava a justiça desportiva no Brasil) dando o título de 1987 para o Flamengo.

Nada disso foi pedido. Nada disso, congruentemente, figurou na decisão judicial transitada em julgado.

O que se comprimiu então, de forma explícita, no interior dos limites objetivos da coisa julgada formada? Exatamente o que fora pedido: a obrigação de a CBF reconhecer o Sport como campeão brasileiro de 1987, tal como positivado no dispositivo da sentença. Nem mais, nem menos.

Nesse sentido, é revelador que a sentença não tenha usado os termos “o” campeão ou “único” campeão. Mais sintomático ainda é que o termo “único” só tenha aparecido na recente decisão de “cumprimento de sentença”, proferida mais de 12 anos após o trânsito em julgado.

E mais um ponto merece atenção: no dispositivo da sentença não se chegou a reconhecer, diretamente, o título do Sport; em vez disso, determinou-se à CBF que procedesse ao reconhecimento. Respeitou-se assim a competência da CBF para dar a última palavra, ainda que forçada por decisão judicial, acerca dos títulos brasileiros de futebol.

Em suma, não houve pedido, muito menos coisa julgada:

- a) sobre a condição do Sport de *único* campeão brasileiro de 1987;
- b) no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Levando-se em conta, portanto, o texto expresso da decisão transitada em julgado, só mesmo a condição do Sport de campeão brasileiro de 1987 é que se tornou imutável e indiscutível. Ponto.

### **11.2. Não teria ficado ao menos implícita – e coberta pela coisa julgada – a condição do Sport de único campeão brasileiro de 1987?**

Chegamos ao ponto nevrálgico da discussão. Estariam implícitas no julgado a exclusividade do Sport, bem ainda a consideração da Copa União como a única forma de se obter o título de campeão brasileiro de 1987? E esses dados implícitos não teriam ficado cobertos pela coisa julgada?

Impõe-se desde logo repudiar, com veemência, a ideia de uma coisa julgada implícita. Para tanto, nem é preciso invocar as conclusões estabelecidas nos

capítulos anteriores. Mesmo à luz da processualística tradicional, a autoridade da coisa julgada não pode de forma alguma admitir corpos implícitos. Fazê-lo, em qualquer tempo, é investir em uma visão pouco equilibrada da coisa julgada, sem a devida ponderação dos valores que estão em jogo.

Cumprе enfatizar, a propósito, a gravidade da coisa julgada, aspecto sobre o qual nunca houve dúvida alguma. Não por acaso a coisa julgada consiste em instituto que, nas palavras de Liebman, pertence ao direito constitucional<sup>73</sup> (cabendo ao direito processual a ordenação das técnicas respectivas). Imensa é a carga axiológica suportada pelo instituto. Quando a lei impõe limites à coisa julgada, há uma clara opção valorativa que está sendo realizada, não só em prol da contenção do poder estatal, mas também em favor da segurança jurídica, evitando-se dúvidas acerca do objeto da imunização.

Admitir que a autoridade da coisa julgada possa recair sobre pretensões não expressamente deduzidas é atentar, de modo paradoxal, contra a própria segurança jurídica, o grande valor que informa o instituto da coisa julgada. Nem é preciso dizer que costuma ser bastante subjetiva a apuração do que está implícito, ainda mais se varia a perspectiva temporal. Como apurar objetivamente o que está implícito caso a caso? Como apurar hoje o que estava implícito quando determinada causa foi julgada? Sem dúvida, a admissão de coisas julgadas implícitas propicia enorme insegurança e, no seu bojo, favorece tremendamente, nesse tema tão decisivo, doses elevadas de voluntarismo judicial.

É realmente um paradoxo sem tamanho: insegurança fomentada pelo instituto, logo ele, que deveria ser o baluarte maior da segurança no reino processual.

Evidentemente, toda e qualquer mensagem linguística pede decodificação. Ou seja: interpretação. *In claris cessat interpretatio* é máxima que já ficou superada há um bom tempo. Sem embargo, no tocante ao dispositivo da sentença o ideal é que a margem de interpretação seja contida. A experiência mostra o quanto é perigoso deixar os limites da coisa julgada entregues a interpretações livres e pouco objetivas dos juízes. Eis aí um terreno em que a literalidade vale ouro.

A estreiteza dos limites objetivos da coisa julgada não é, portanto, uma questão de sintaxe, ou coisa que o valha. A estreiteza é determinada por fatores jurídicos, sociais e políticas bem mais transcendentais. Não raro, conforme lições clássicas, é na forma e na literalidade que a liberdade vai encontrar as suas maiores amigas.

73. Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., p. 55.

Repita-se a preciosa sentença de Liebman: “A razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima, e não expandir-se fora dela.”<sup>74</sup>

Só essas observações de natureza axiológica já seriam suficientes para fulminar a possibilidade de uma coisa julgada implícita no caso estudado. Não obstante, à vista da riqueza do tema, convém esquadrihar outros ângulos.

Veja-se o ângulo constitucional. Sem grande esforço, pode-se concluir que a ideia de uma coisa julgada implícita repugna a valores constitucionais de alta magnitude. Muito especificamente, depõe-se, já vimos, contra a segurança jurídica, valor presente no *caput* do art. 5º da Constituição e base maior da noção de devido processo legal (art. 5º, LIV), centro do direito processual das nações civilizadas. Pelo mesmo ângulo constitucional, aliás, percebe-se que sequer se pode falar em julgamentos implícitos, à medida que ganhou caráter de fundamentalidade o dever de motivar as decisões judiciais (Constituição, art. 93, IX).

No plano da técnica processual, matéria do nosso estatuto processual civil, as considerações anteriores veem-se plenamente respaldadas, como não poderia ser diferente.

Não há coisa julgada ou julgamento implícitos. Nem pedidos implícitos. Nos termos do art. 293 do CPC, devem ser interpretados “restritivamente” os pedidos, o mesmo se passando com a resposta judicial ao pedido, materializada no dispositivo da sentença. Natural. Se os pedidos devem ser interpretados restritivamente, com muito mais razão o dispositivo – sobretudo para fins de coisa julgada – há de merecer a mesma interpretação.

Além disso, não fazem coisa julgada, segundo o art. 469 do CPC, os motivos da decisão de mérito, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente. Ou seja, só realmente a resposta ao pedido, contida de maneira expressa no dispositivo da sentença e interpretada restritivamente, é que se submete à grave autoridade da coisa julgada. Nada mais. É essa a sistemática que vigora entre nós. Uma sistemática que não deixa dúvidas nem gera, quanto a sua inclinação básica, controvérsias significativas.

Repise-se, ao ensejo, que a lide ajuizada pelo Sport foi motivada pela dúvida sobre qual regulamento deveria prevalecer em 1987. Prevalecendo o regulamento

74. Enrico Tullio Liebman, Limites objetivos da coisa julgada, cit., p. 573-574.



outorgado pela Diretoria da CBF, como de fato prevaleceu, o Sport seria reconhecido como campeão; caso prevalecesse o regulamento defendido pelo Clube dos 13, o Flamengo seria o campeão. Assim, a exclusividade do título do Sport poderia ser inferida, no máximo, da motivação daquela demanda específica, coisa que não tem a menor chance de alcançar a autoridade da coisa julgada, conforme preceito expresso do nosso estatuto processual (CPC, art. 469).

Pensando em todas as objeções possíveis, lembre-se que a causa de pedir, embora não integre o objeto litigioso, serve para “explicar” e “iluminar” o pedido (conforme nota em parte precedente do trabalho). Poderia então ser sustentado que, no caso concreto, o dispositivo da sentença transitada em julgado, devidamente “esclarecido” pela motivação respectiva, teria incorporado a exclusividade almejada pelo Sport?

À evidência que não. A causa de pedir serve, inegavelmente, para esclarecer o objeto litigioso do processo. Mas é preciso ir com muita calma. Se Maria empresta uma quantia para José e este não paga, o “julgo procedente do pedido de cobrança” vai referir-se, logicamente, ao contrato de empréstimo que está na causa de pedir. É nesse sentido que a causa de pedir se presta a esclarecer o objeto litigioso. Até aí, bastante razoável. Porém, não é possível usar a mesma noção para incorporar ao dispositivo aquilo que deveria ter sido expressamente pedido e não foi. Nesse ponto, o trem descarrila, produzindo-se grave ofensa ao princípio da demanda. Além disso, conspira-se contra a função garantística dos limites da coisa julgada, tão encarecida por este ensaio.

Atestando o que acabou de ser dito, assinale-se que, no sistema processual em vigor, há a previsão expressa da ação declaratória incidental (CPC, arts. 5º, 325 e 470). Ou seja, entre nós o fundamento da demanda não pode misturar-se ao pedido e ficar coberto pela coisa julgada, salvo se requerida a declaração incidente. Não se aceita aqui, positivamente, qualquer possibilidade de coisa julgada implícita.

É de se assinalar, ainda, que na demanda vencida pelo Sport não havia espaço para qualquer meio-termo. Não se punha a eventualidade de serem dois os times campeões de 1987, eventualidade que só foi aparecer muito tempo depois. Carente a demanda de qualquer dom divinatório, não se discutiu minimamente, ali, a possibilidade de divisão do título de 1987.

Em outras palavras, não foi somente por falta de pedido que a questão da exclusividade – de molde a impedir o reconhecimento de Sport e Flamengo como campeões concomitantes de 1987 – passou muito longe da coisa julgada. Existe uma razão mais básica: o conflito que foi judicializado ignorava por completo

esse problema da exclusividade vs. concomitância. *Não houve lide a respeito*. Assim, era mesmo impossível que sobre a questão incidisse a imunização própria da coisa julgada. Por mais essa perspectiva, confirma-se a conclusão de que só transitou em julgado, e nada além, a obrigação de a CBF reconhecer o Sport como campeão de 1987.

Vale a ressalva de que a eficácia prática da sentença prolatada no processo vencido pelo Sport – *não a autoridade da coisa julgada* – conduziu a que durante muito tempo, na ausência de fatos e fundamentos novos, perdurasse a exclusividade. Estamos falando, veja-se, dos efeitos práticos da decisão, e não da autoridade da coisa julgada, coisas bem diferentes. A materialização prática das sentenças invariavelmente implica desdobramentos implícitos, não só perante terceiros mas também em relação às próprias partes<sup>75</sup>. Já a autoridade da coisa julgada exige cognição exauriente e decisão explícita sobre determinada pretensão. Não tendo sido pedida a exclusividade pelo Sport, não houve sequer ação a respeito, e muito menos a formação de coisa julgada.

Testando ao máximo a nossa hipótese de trabalho, imagine-se mais uma eventual objeção: ainda que a exclusividade pretendida pelo Sport não se contenha dentro dos limites da coisa julgada estabelecida, a possibilidade de uma nova conformação não seria aberrante do ponto de vista lógico? Pode um mesmo certame esportivo apresentar dois campeões?

Essa eventual objeção se derrota sem a menor dificuldade. Em primeiro lugar, relembre-se a lição – consensual – de que a coisa julgada não se preocupa nem um pouco com embaraços lógicos: são as incompatibilidades de ordem prática que ela se destina a evitar. Depois, é de se ver que o caso da Copa União representou uma excepcionalidade, por mais conturbado que fosse o futebol brasileiro naquela época. Aliás, mais estranha do que a existência de dois campeões é a circunstância, certamente inédita no mundo, de um título de campeão nacional ser atribuído com exclusividade ao vencedor do certame equivalente à segunda divisão do país. Não bastasse, a unificação promovida em 2010 pela CBF eliminou qualquer dúvida a respeito. Por conta dessa unificação, dois outros anos, 1967 e 1968, passaram a ter duplicidade de campeões: em 1967, o Palmeiras ganhou tanto a Taça Brasil como o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, e por isso somou dois títulos brasileiros; em 1968, o Botafogo venceu a Taça Brasil, enquanto o Santos ficou com o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, sendo ambos declarados campeões brasileiros de 1968.

75. É bastante conhecida entre nós, a propósito, a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Consulte-se a respeito Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., esp. p. 37-63 (trata-se do capítulo versando sobre “a autoridade da coisa julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos”).

### 11.3. Aplicando a “regra de ouro”

Investigada a controvérsia por vários ângulos, e analisadas eventuais objeções ao entendimento do texto – avesso a qualquer forma de coisa julgada implícita –, é bom ressaltar que nem se levou em consideração, ainda, uma leitura contemporânea da coisa julgada, atenta a valores de grande significação nos dias que correm. Neste capítulo, caminhamos apenas, até agora, com as lições tradicionais a respeito da coisa julgada. Oportuno então reavivar as ideias desenvolvidas em capítulos anteriores, relativas a essa visão contextualizada da coisa julgada, as quais parecem ter aptidão para desempatar de uma vez por todas a controvérsia, caso ainda tenha restado alguma dúvida.

Pois bem, vimos que a coisa julgada contemporânea, conquanto muito relevante ainda – importância que jamais perderá –, não pode ser tratada de maneira hipertrofiada, nela se enfiando um “excesso de bagagem”. Rejeita-se o que chamamos de “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos. Via de consequência, devem ser reforçados os limites da coisa julgada, evitando o esmagamento de debates que se façam indispensáveis no futuro. A leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave e cautelosa.

Essa tendência reforça-se no caso estudado, cuja ambiência, do ponto de vista material, não pode deixar de ser realçada. Afinal, o processo instrumentalista dos dias atuais – eminentemente concretista – tem a sua regulação modulada de forma considerável pelos interesses substanciais em jogo. Aqui, estamos diante de uma questão relativa a “competições esportivas”, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição. A causa se esgota no universo desportivo, em um plano a essa altura exclusivamente imaterial, já que se deseja saber, tão só, a quem pertence a honra de ser considerado campeão do longínquo título brasileiro de 1987. É de fato uma lide pura e tipicamente “desportiva”, sem quaisquer desdobramentos civis, penais ou trabalhistas. Dentro desse quadro, a autoridade da coisa julgada, considerada a ampla autonomia concedida pela nossa Constituição ao setor desportivo, deve ser mais obsequiosa ainda.

Acrescentem-se as peculiaridades desse caso desportivo inédito (o “atípico” Campeonato Brasileiro de 1987<sup>76</sup>). Trata-se de um caso *sui generis*, dotado de contornos os mais singulares, a ponto de merecer decisões antagônicas da autoridade desportiva (CND) e da justiça estatal. Sobretudo em um contexto assim,

76. Expressão utilizada no parecer de Álvaro Melo Filho no qual se fiou a CBF para reconhecer o título de 1987 para o Flamengo.

mais prudente ainda deve ser a delimitação da coisa julgada, não se vedando a reconfiguração posterior do assunto.

Tendo sido todos esses fatores examinados detidamente lá atrás, chegamos a uma “regra de ouro” para conduzir o bom equacionamento do caso. A saber: *havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.*

Nem é preciso dizer que a aplicação ao caso da nossa “regra de ouro”, inspirada em razões muito ponderosas, serve para neutralizar qualquer objeção que ainda possa remanescer. Afinal, a controvérsia gira em torno, justamente, da amplitude maior ou menor que devem ter os limites da coisa julgada no processo vencido, há muitos anos, pelo Sport Club do Recife.

Aplicada a diretriz restritiva, encarecida pela abordagem contemporânea da coisa julgada, o entendimento que já vinha sendo proposto perde a condição de hipótese e ganha caráter definitivo, esgotadas ressalvas e objeções. Com todas as letras, enfim: não ficou coberta pela coisa julgada qualquer declaração de que o Sport seria o *único* campeão brasileiro de 1987; e nem restou imunizada qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Antes de passar adiante, é importante esclarecer que a reprovação que fizemos da leitura expansiva e hipertrofiada da coisa julgada concretamente ocorrida não constitui, em absoluto, manifestação da chamada “relativização” da coisa julgada. É certo que a relativização também consiste em tendência presente na atual fase metodológica do processo civil (como se viu no capítulo nº 6, acima), uma fase que salienta o lado valorativo do processo. Sem embargo, não é bem relativização o que se sustenta neste ensaio. Na verdade, sustenta-se aqui uma aplicação ordinária – pode-se dizer clássica – dos limites da coisa julgada. O aspecto algo inovador do texto, talvez, consiste na utilização da metodologia mais prestigiada atualmente para a defesa da aplicação ordinária dos limites da coisa julgada. Parece-nos mesmo, e o trabalho tenta demonstrá-lo, que estamos diante de uma interessante convergência – pontual – entre as visões clássica (formalista) e instrumentalista (axiológica) do direito processual.

Resumindo, a exclusividade do Sport em relação ao título de 1987 não se inseriu nos limites objetivos da coisa julgada estabelecida, não só porque não houve pedido a respeito – ficando no máximo no plano da motivação –, mas também porque o próprio conflito que foi judicializado não encerrava o problema da exclusividade *vs.* concomitância de campeonatos. Em decorrência, ficou resguardada

a possibilidade de uma nova disposição para o assunto, ressalvada naturalmente a intangibilidade do título do Sport, esta sim uma situação coberta pela coisa julgada e perfeitamente consolidada.

Vencemos uma etapa essencial no estudo de caso. Mas não acabou ainda. Um outro lado relevante do problema há de ser investigado, a saber, o ato da CBF reconhecendo o Flamengo como campeão brasileiro de 1987 *ao lado do Sport*. Também se mostra indispensável perscrutar a idoneidade desse ato, coisa que faremos no próximo tópico.

## 12. OS FATOS NOVOS E SUA INFLUÊNCIA NO DESLINDE DO CASO

No capítulo oitavo, acima, tratamos do tema “coisa julgada e fatos supervenientes”. Vimos então que, cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Essa exaltação da força jurígena dos fatos se manifesta também no campo processual, inclusive no setor da coisa julgada. Logo, é necessário dar bastante atenção aos fatos inegavelmente relevantes ocorridos após constituída a coisa julgada.

Lembre-se, primeiramente, que o próprio Sport, para filiar-se ao Clube dos 13, firmou documento concordando com a divisão do título de 1987, sendo o documento assinado por todos os integrantes do Clube dos 13, na assembleia geral extraordinária da entidade realizada em 09/06/97. Surpreendentemente, o fato não trouxe consequências, apesar da sua importância. Por isso, não é nele que nos concentraremos neste tópico.

Nossa atenção se fixará na chamada “unificação dos títulos brasileiros de clubes” (a partir de 1959), promovida pela CBF, inicialmente, em dezembro de 2010. Vale reiterar que, em virtude dessa unificação, tornaram-se campeões brasileiros todos os vencedores da Taça Brasil, de 1959 a 1968, e todos os vencedores do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, de 1967 a 1970. Dessa forma, alterou-se radicalmente o *ranking* oficial dos títulos brasileiros de clubes. Ascenderam ao topo o Palmeiras e o Santos, sendo este o maior beneficiado – possuía apenas dois títulos brasileiros e passou a oito (acrescentados os cinco triunfos na Taça Brasil, de 1961 a 1965, e mais o Torneio Roberto Gomes Pedrosa de 1968).

Recorde-se mais que, apesar da amplitude dessa unificação ocorrida em dezembro de 2010, a CBF continuou resistindo ao reconhecimento do título do Flamengo em 1987. Depois de muitas críticas, ela voltou atrás em fevereiro de 2011, e finalmente reconheceu o Flamengo como campeão brasileiro de 1987, *ao lado do Sport*.

O reconhecimento da CBF se deu por meio da Resolução da Presidência (RDP) nº 02/11, que inseriu o título do Flamengo no espectro da ampla unificação de dezembro de 2010 (objeto da RDP 03/10). Entre os *consideranda* da RDP nº 02/11, consignou-se que “o objetivo da CBF, como entidade de grau máximo da estrutura organizacional do futebol brasileiro, ao editar a citada RDP nº 03/2010, era o de pacificar um tema controvertido de longa data, capaz de suscitar desarmonia no ambiente desportivo, de todo indesejável”. Com o mesmo propósito, dava-se o reconhecimento do título do Flamengo.

Repita-se ainda que a RDP nº 02/11 se escudou em parecer firmado por Álvaro Melo Filho, outro documento muito importante para se identificar a inspiração do ato da CBF. Diz esse parecer: “Vê-se, então, com clarividência, que tivemos dois torneios – Torneio João Havelange (ou Módulo Verde) e Torneio Roberto Gomes Pedrosa (ou Módulo Amarelo) – disputados de forma autônoma, paralela e separadamente, gerando, portanto, dois campeões e dois vice-campeões. (...) No final de 2010, a CBF reconheceu títulos nacionais de Bahia, Santos, Cruzeiro, Palmeiras, Fluminense e Botafogo, como vencedores da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, obtidos no período de 1959 até 1970. Nesse contexto, não se afigura justo e razoável dar um tratamento não isonômico e discriminatório aos vencedores dos torneios João Havelange e Roberto Gomes Pedrosa, ou seja, não considerá-los campeões do atípico Campeonato Brasileiro de 1987 (...).”

Fica bem claro, portanto, que em nenhum momento pretendeu a CBF re-discutir as razões da decisão judicial favorável ao Sport, razões estas ligadas a questões regulamentares da confusa Copa União de 1987. Disso a CBF passou inteiramente ao largo.

Repassados os fatos, a grande indagação a se fazer é a seguinte: a ampla unificação dos títulos brasileiros, que beneficiou em um segundo momento o Flamengo, consiste em causa idônea para uma solução diversa da indicada pela sentença favorável ao Sport?

Aparentemente óbvia se afigura a resposta afirmativa, à vista da conclusão a que chegamos no capítulo anterior, no sentido de que a exclusividade não se inseriu nos limites objetivos da coisa julgada estabelecida na demanda do Sport. Alguma prudência, no entanto, se faz recomendável, já que o assunto é inçado de sutilezas. Mesmo não havendo ofensa à coisa julgada, não se pode descartar de pronto, por exemplo, a eventualidade de uma afronta à sentença, ato estatal que todos têm o dever de observar (lembrando que a eficácia da sentença não se confunde com a autoridade da coisa julgada, distinção hoje elementar dentro do direito processual). Convém então que a nossa análise prossiga.

Antes de tudo, frise-se a legitimidade da CBF, do ponto de vista orgânico, para proceder à unificação dos títulos brasileiros, aí embutido (em um segundo momento) o ato de reconhecimento do título do Flamengo em 1987. Trata-se a CBF, como já foi dito, da entidade máxima do futebol brasileiro, gozando de larga autonomia para disciplinar esse setor, nos termos do art. 217, I, da nossa Constituição. A própria sentença favorável ao Sport admitiu tacitamente que compete à CBF dar a última palavra acerca dos títulos brasileiros de futebol. O dispositivo da sentença, com efeito, não reconheceu, diretamente, o título do Sport; em vez disso, determinou à CBF que procedesse ao reconhecimento.

A par da confirmação da legitimidade da CBF, vale acrescentar que as matérias tipicamente desportivas não ficam sujeitas a qualquer reserva de jurisdição. O que existe, muito ao contrário, é o curso forçado das instâncias desportivas (Constituição, art. 217, § 1º). Dessa forma, consistiria em grande equívoco sustentar a necessidade de judicialização – compulsória – dessa nova regulação do título brasileiro de 1987, a ser promovida pela CBF. Uma exigência assim seria manifestamente inconstitucional.

A propósito, rememore-se a doutrina de Teori Albino Zavascki, consultada em momento precedente do trabalho. Mesmo quando há coisa julgada – o que aqui não existe quanto à exclusividade do título do Sport –, a mudança do *status quo*, provocada por uma nova situação de fato ou de direito, tem efeitos automáticos e imediatos, operando independentemente de qualquer ação de revisão (sem prejuízo de eventual ação simplesmente para *declarar* a nova realidade)<sup>77</sup>. Com muito mais razão quando não há coisa julgada.

De uma vez por todas, pois, o ato da CBF de reconhecimento do título do Flamengo de 1987 não carecia de qualquer judicialização. O ônus de judicializar, em verdade, pertence a quem se sente prejudicado pelo ato (que há de observar, pontifique-se, a necessidade de esgotamento da justiça desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição).

Vistas a legitimidade da CBF e a desnecessidade de qualquer intervenção jurisdicional, saliente-se que as razões da unificação promovida pela entidade, beneficiando o Flamengo e vários outros clubes, relação alguma têm com a motivação da demanda intentada pelo Sport. São perspectivas e contextos completamente distintos, enraizados em momentos históricos igualmente díspares. Vale aprofundar esse ponto.

77. Teori Albino Zavascki, *Coisa julgada em matéria constitucional...*, cit., p. 557-558.

Qual foi o objetivo da unificação de títulos? Com a unificação, a CBF visou ao encerramento definitivo das recorrentes controvérsias que havia em nosso futebol acerca dos ganhadores de títulos nacionais. Para tanto, deu-se a qualificação de campeonato brasileiro a certames que, mesmo sem essa qualificação originária, mostraram-se historicamente significativos e tiveram abrangência nacional. Foi o caso, expressamente, da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa. Em outras palavras, o que se quis, assumidamente, foi “passar a limpo” a história dos campeonatos brasileiros, agora que eles já atingiram estabilidade e solidez (como ocorre nas grandes ligas europeias).

Bem se percebe que a unificação realizada pela CBF não desafiou em nenhum instante a fundamentação da decisão transitada em julgada. Lá, discutiram-se aspectos regulamentares da Copa União de 1987. Já o ato de unificação, em sintonia inteiramente diversa, ignorou conflitos regulamentares pontuais. Preferiu, em vez disso, mirar a concórdia geral. São polos muito distantes. Enquanto a decisão judicial cuidou de aspectos particulares de um determinado campeonato, o ato da CBF tocou em uma problemática geral e abrangente do futebol brasileiro.

Reitere-se que vários outros times, além do Flamengo, foram beneficiados pela unificação de títulos, a saber: Bahia, Botafogo, Cruzeiro, Fluminense, Palmeiras e Santos. Os dois últimos se viram especialmente favorecidos – o Palmeiras ganhou quatro títulos e o Santos, nada menos do que seis. Ou seja, a medida da unificação não representou casuísmo a favor do Flamengo. Muito ao revés, a CBF resistiu o quanto pôde ao reconhecimento do título do Flamengo.

Também não pode deixar de ser realçado o impacto da iniciativa da CBF. O ato de unificação alterou profundamente o *ranking* oficial de títulos do futebol brasileiro. Isso corrobora a independência do ato, em relação à causa movida pelo Sport, e indica que o reconhecimento do título do Flamengo faz parte de um todo indissolúvel. Só se poderia questioná-lo se também o conjunto fosse questionado, coisa que não aconteceu e nem de longe corre o menor risco de acontecer.

No que toca ao reconhecimento específico do título do Flamengo, tem-se aí medida que parece claramente favorável ao princípio da isonomia. No contexto da ampla unificação dos títulos brasileiros, não fazia o menor sentido que dela ficasse de fora, única e exclusivamente, o Módulo Verde da Copa União, vencido pelo Flamengo em 1987. A propósito, repisem-se fatos declinados na primeira parte do trabalho. Independentemente de o Flamengo não ter comparecido ao cruzamento previsto pelo regulamento outorgado pela Diretoria da CBF – postura que teve o apoio do Clube dos 13 e do próprio Conselho Nacional de Desportos, à época a entidade máxima do desporto no Brasil –, é notório que o Módulo Verde reuniu



a nata do futebol brasileiro. Para sagrar-se campeão, o Flamengo foi obrigado a fazer 19 jogos, enfrentando os melhores times do país. Sintomaticamente, a final do torneio, disputada no Maracanã por Flamengo e Internacional – outra equipe de grande tradição em nosso futebol –, atraiu mais de 90 mil pessoas. Por outro lado, para conquistar a Taça Brasil de 1968 o Botafogo teve de enfrentar apenas três adversários. E a final, no mesmo Maracanã, jogada contra o Fortaleza, teve um público de apenas 13.588 pessoas. Foi esse o padrão das várias edições da Taça Brasil, equiparada a campeonato brasileiro pelo ato de unificação. Causava estranheza, então, que a unificação não alcançasse o Módulo Verde conquistado pelo Flamengo.

Diga-se mais. A CBF, ao reconhecer o título do Flamengo, não deu caráter oficial a um evento imaginário, quimérico. Ao invés disso, o reconhecimento veio referendar um juízo que, em 13/12/87 –, após o término da final entre Flamengo e Internacional, que encheu o Maracanã –, foi compartilhado por milhões e milhões de brasileiros, das mais variadas torcidas, inclusive a do Internacional, que perdeu o jogo, e a do próprio Sport.

Portanto, foi no mínimo razoável, do ponto de vista substancial – abstraídas discussões processuais – a medida que a CBF tomou, dentro da sua autonomia constitucional. A falta de reconhecimento do título do Flamengo, sim, é que poderia ser reputada, com boa dose de plausibilidade, omissão ilegítima – dado que afrontosa ao princípio isonômico. E nem se objete, a propósito, que seja a CBF uma entidade puramente privada, pois tal objeção não resiste à eficácia dita “horizontal” dos direitos fundamentais, cuja dogmática tem se fortalecido sensivelmente entre nós<sup>78</sup>.

Em suma, não há nada na unificação de títulos promovida pela CBF que a possa indispor em relação à sentença proferida na demanda intentada pelo Sport. Além de o ato da CBF respeitar os limites objetivos da coisa julgada formada – dentro dos quais não se incluíram nem a exclusividade do Sport nem a declaração de que a conquista da Copa União seria a única forma de obtenção do título brasileiro de 1987 –, os motivos que inspiraram a CBF nada têm a ver com a fundamentação da demanda do Sport. *São atos que ocupam dimensões paralelas, sem nenhuma chance de interferência recíproca*. Repita-se: a demanda colheu o individual, o particular; já o ato da CBF mirou o conjunto, o coletivo. Se também o ato da CBF carecesse de judicialização, não haveria dúvida nenhuma acerca da existência de

78. Por todos, na doutrina brasileira, consulte-se Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

uma nova causa de pedir, totalmente dissociada da causa veiculada na demanda proposta pelo Sport.

É mais um teste pelo qual passa o ato da CBF que, no bojo de uma ampla unificação de títulos brasileiros, reconheceu o título do Flamengo. Não se violou a coisa julgada existente e nem se desrespeitou a sentença judicial.

Insista-se no ponto, para que ele fique plenamente esclarecido. Não se confundem as noções de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Aquela diz respeito à imperatividade dos atos estatais em geral, a que todos estão submetidos. Esta se refere à grave imunização das decisões judiciais, em prol da segurança jurídica. Não raro, como já foi dito, a materialização prática das sentenças implica desdobramentos implícitos, não só perante terceiros mas também em relação às próprias partes. Desdobramentos implícitos que não estão, logicamente, cobertos pela coisa julgada, a qual exige cognição exauriente e decisão expressa sobre determinada pretensão. Pode consubstanciar-se, então, ato ou conduta que, sem ofensa à coisa julgada, desrespeite uma dada sentença, obliquamente que seja.

No caso em tela, é intuitivo que o ato da CBF, se tivesse reconhecido o título do Flamengo com base em questões regulamentares de 1987 – exatamente o que se discutiu na demanda vencida pelo Sport –, estaria sem dúvida contrariando a sentença proferida naquela demanda. Não estaria, torne-se a dizer, afrontando a coisa julgada, mas sim a sentença. Ocorre que a motivação da CBF, como se viu, foi inteiramente diversa. Não há, assim, qualquer burla, direta ou indireta, à sentença. O ato da CBF não melindra minimamente o provimento judicial. A CBF tem ampla autonomia, concedida pela nossa Constituição, para reger os destinos do futebol brasileiro. Tirar a competência da CBF para qualificar torneios, equiparar campeonatos e reconhecer títulos brasileiros é atingir em cheio a Constituição.

Não bastasse, mostra-se altamente duvidosa a possibilidade de o Judiciário repudiar, *a posteriori*, a opção realizada pela CBF. Assim como um ato discricionário do poder público não pode ser devassado pelo Judiciário, o mesmo se poderia dizer das escolhas razoáveis das entidades desportivas (questão já vistoriada no capítulo nº 9, acima).

Prossiga-se. A diversidade de fundamentação é tão importante que valida o ato da CBF até mesmo na hipótese – recusada enfaticamente pelo nosso trabalho – de a exclusividade reivindicada pelo Sport ter ficado coberta pela coisa julgada.

O caso é inédito e o tema, complexo. Para facilitar a compreensão do que acabou de ser dito, faça-se um paralelo com a hipótese de pluralidade de ações. Imagine-se que a CBF (ou o próprio Flamengo) precisasse ir à Justiça, em face do

Sport, para sacramentar o reconhecimento do título de 1987 a favor do Flamengo. Nessa hipótese de necessidade de judicialização (outra hipótese que já descartamos categoricamente, sendo usada agora tão somente para fins de argumentação), pergunta-se: a demanda, tendo como causa de pedir o fato da unificação de títulos, e lastreada juridicamente no princípio da isonomia, poderia prosperar? No que toca à questão da coisa julgada, é evidente que sim. Não haveria, no particular, qualquer impedimento. Estaríamos diante de uma causa de pedir completamente diversa da que apresentou a demanda vencida pelo Sport. A lide seria outra. Não restaria configurada, portanto, a tríplice identidade.

Além disso, na mesma hipótese, *ad argumentandum*, de a exclusividade do Sport ter ficado coberta pela coisa julgada, nem de longe se poderia cogitar da eficácia preclusiva da coisa julgada. Esta diz respeito somente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca aos fatos supervenientes. Na época em que tramitou a demanda vencida pelo Sport, a unificação dos títulos não poderia ter sido utilizada como defesa pelos réus, porque só veio a se materializar muitos e muitos anos depois. Em consequência, trata-se de defesa ou fundamento que escapa por completo da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Estamos aplicando, não se deixe de frisar, lições remansosas que figuraram em parte anterior do trabalho. Na voz de Teori Albino Zavascki, “considerando que as normas jurídicas são passíveis de modificação ou de revogação e que os fatos, por natureza, são dinâmicos e mutáveis, todas as sentenças contêm, implicitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*: elas mantêm seu efeito vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático com base nos quais estabeleceram o juízo de certeza”<sup>79</sup>.

Enfim, mesmo na hipótese – aqui não aceita – de os limites objetivos da coisa julgada incluírem a exclusividade postulada pelo Sport, o reconhecimento do título do Flamengo é possível, eis que fundado em motivos bem distintos e, ainda por cima, supervenientes.

Já é tempo de fecharmos este capítulo. Nele, verificamos a ocorrência de fatos supervenientes de indiscutível relevância. Fatos cujas lógica e razão de ser guardam completa autonomia em relação aos fundamentos da demanda intentada pelo Sport.

Note-se que este capítulo complementa e reforça o anterior. Lá falamos de objeto (pedido e dispositivo da sentença). Aqui, de fundamentos. A questão dos fundamentos, como acabou de ser constatado, é igualmente relevante para a

79. Teori Albino Zavascki, *Coisa julgada em matéria constitucional...*, cit., p. 565.

resolução da controvérsia. Se pudéssemos expressar em uma equação o presente estudo de caso, ela ficaria assim: limites objetivos da coisa julgada restritos (neles não figurando a exclusividade pretendida pelo Sport) + fatos e fundamentos inteiramente novos (em relação à demanda proposta pelo Sport) = legitimidade do ato que reconheceu o título do Flamengo de 1987 (emitido o ato pela entidade que possui autonomia constitucional para regular o futebol brasileiro).

Em outras palavras, tínhamos verificado que nem coisa julgada houve quanto à exclusividade do título do Sport. A questão ficou em aberto, com mais espaço ainda para o futuro penetrar, validamente. Penetrar e moldar uma nova regulação para a questão do título brasileiro de futebol de 1987. Foi exatamente o que fizeram os fatos supervenientes explorados neste capítulo.

Essa peculiar “cinética” processual eliminou qualquer dúvida: mostra-se válido e legítimo o ato da CBF que partilhou o título brasileiro de 1987 entre Sport e Flamengo, não violando a coisa julgada e nem a sentença da demanda intentada pelo Sport junto à Justiça Federal. A CBF não poderia reconhecer o título do Flamengo *no lugar* do Sport; mas podia, sem qualquer problema, reconhecer o Flamengo como campeão de 1987 *ao lado* do Sport.

### **13. ENCERRAMENTO: RECAPITULAÇÃO DAS IDEIAS PRINCIPAIS**

Para a boa compreensão do conjunto, textos mais extensos pedem um resumo das suas ideias principais. É o que passaremos a fazer, associando tais ideias ao capítulo específico em que foram lançadas.

#### **Introdução (1)**

- Trata-se de estudo de caso em que a conexão do processo com as pulsações do mundo exterior é vista por um ângulo peculiar, e exibindo uma rara mistura de ingredientes. De um lado, a coisa julgada, instituto de grande complexidade na ciência processual. Do outro, uma das maiores paixões nacionais, o futebol.

#### **A Copa União de 1987 (2)**

- O tema do estudo é o título nacional de clubes de 1987, objeto de ruidosa polêmica jurídico-futebolística. O “Módulo Verde” da Copa União – reunindo os times mais tradicionais do Brasil – foi vencido pelo Flamengo. O Sport do Recife conquistou o “Módulo Amarelo”, composto por times sem a mesma expressão. Iniciou-se então uma “guerra de regulamentos”, propiciada pelo momento conturbado por que passava o futebol brasileiro. Pelo regulamento invocado pelo

Flamengo, o campeão brasileiro de 1987 seria o vencedor do Módulo Verde. Já o regulamento sustentado pelo Sport previa um “cruzamento” entre os dois melhores do Módulo Verde e os dois melhores do Módulo Amarelo. Contrariando o entendimento do CND – Conselho Nacional de Desportos (à época a entidade máxima dos desportos no país), a CBF – Confederação Brasileira de Futebol confirmou a necessidade do cruzamento. Os dois melhores do Módulo Verde, Flamengo e Internacional, não compareceram aos jogos marcados. Ficaram apenas os dois melhores do Módulo Amarelo, Sport e Guarani, tendo o Sport vencido a disputa.

### **A demanda intentada pelo Sport Club do Recife (3)**

- Em virtude da confusão relativa ao regulamento da Copa União, o Sport intentou ação judicial para ser reconhecido como campeão brasileiro de 1987. No polo passivo figuraram o Flamengo, o Internacional, a CBF e a União Federal (cuja estrutura administrativa abrigava o CND, já extinto). A demanda tramitou na Justiça Federal de Pernambuco e restou vitoriosa. A parte mais significativa do dispositivo da sentença: “(...) concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

### **A superveniência de fatos relevantes (4)**

- Mais recentemente, a Confederação Brasileira de Futebol, no bojo de uma iniciativa visando à completa unificação dos títulos brasileiros de clubes – que beneficiou vários times, principalmente o Santos e o Palmeiras –, reconheceu que também o Flamengo deve ser, *ao lado do Sport*, considerado campeão de 1987. No entanto, tal deliberação teve de ser revogada, em acatamento a ordem da Justiça Federal de Pernambuco, dada à guisa de “cumprimento de sentença”. No ato da revogação, ressaltou a CBF que continuava entendendo “que o reconhecimento do título de campeão nacional de 1987 também ao Clube de Regatas do Flamengo não contraria os limites da coisa julgada.”

### **As principais questões a serem analisadas no caso (5)**

- Quais exatamente os limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport Clube do Recife? Só o Sport é o campeão de 1987? Ou há espaço para uma fórmula diversa? Fatos novos podem ter alguma influência sobre a definição do título brasileiro de 1987?

### **A coisa julgada nos dias atuais: a necessidade de uma leitura suave e a rejeição da “coisa julgada polvo” (6)**

- Como qualquer instituto jurídico, a coisa julgada não pode permanecer indiferente ao entorno social e político. Daí resulta que, nos tempos atuais, relativistas e iconoclastas, a coisa julgada não pode mais, se é que já pôde algum dia, ser tratada de maneira hipertrofiada, quase opressiva. Rejeita-se uma coisa julgada que se poderia dizer “pesada” – excessivamente espaçosa e otimista. Em consequência, a leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave, mais cautelosa.

- É crucial pensar, mais seriamente do que nunca, nos *limites* da coisa julgada. Para que esta continue funcionando legitimamente, em meio a tanta incerteza e velocidade, os seus limites devem ser reforçados em muitas situações. A coisa julgada, insista-se, não pode amordaçar o futuro. Nem aprisionar a vida. Em outros termos, não pode assumir a forma de uma “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos.

### **Os limites objetivos da coisa julgada (7)**

- O tema dos limites objetivos da coisa julgada é muito caro ao almejado equilíbrio entre os valores segurança e liberdade dentro do processo hodierno. O fenômeno da imunização – provocado pela coisa julgada – é algo extraordinariamente forte dentro das funções estatais, desafiando mecanismos de frenagem. Os limites da coisa julgada têm, ordinariamente, essa nobre missão de controlar o poder estatal de interditar discussões.

- A própria sistemática vigente entre nós já preconiza limites objetivos estreitos para a coisa julgada, até mesmo em prol da segurança jurídica, o grande valor no qual se baseia o instituto da coisa julgada.

### **Coisa julgada e fatos supervenientes (8)**

- Cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópic e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Por conta disso, a força jurígena dos fatos é fenômeno que tem merecido atenção crescente. Todo esse apreço pelos fatos contamina também, como não poderia ser diferente, o plano processual. De resto, a valorização do material fático já é da tradição do sistema processual brasileiro.

- Ao falarmos da relação entre coisa julgada e fatos supervenientes, tocamos em outra importante limitação à contundência da coisa julgada. A superveniência

de fatos relevantes, ainda que incidindo sobre um mesmo episódio já levado a juízo, tem o condão de fazer aparecer uma nova demanda, suscetível de provocar uma coisa julgada igualmente nova, inconfundível com qualquer outra. Diz-se mesmo que a força da *res iudicata* se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Também a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC, concerne unicamente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca a fatos supervenientes. Ou seja, o foco principal da coisa julgada é eminentemente retrospectivo, servindo para imunizar eventos pretéritos. A coisa julgada não pode exorbitar do passado. Ela seria excessivamente autoritária se se arvorasse a bloquear, também, a apreciação e a incidência de fatos supervenientes.

### **O peculiar regime constitucional das questões desportivas (9)**

- A Constituição de 1988 prescreveu um regime de larga autonomia não só para as entidades desportivas mas também para a “justiça desportiva”. Dessa forma, ficou refletida no texto constitucional a transcendência cada vez maior do esporte na vida das pessoas e das sociedades.

- Parece razoável que, no campo tipicamente desportivo – demarcado pelo art. 217, § 1º, da Constituição –, os limites da coisa julgada experimentem leitura particularmente restritiva. Assim se evita que área por demais extensa seja atingida pela imunização respectiva, permitindo-se a reconfiguração da matéria, em alguma medida, pelas instâncias desportivas, de acordo com as peculiares necessidades destas.

### **Conclusão parcial, à vista das premissas examinadas (10)**

- À vista das premissas analisadas, pode-se deduzir uma diretriz valiosa, autêntica *regra de ouro*, para conduzir o bom equacionamento do caso concreto. A saber: havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.

### **Voltando ao caso concreto: os limites objetivos da coisa julgada (11)**

- Dos vários pedidos feitos pelo Sport na demanda por ele vencida na Justiça Federal de Pernambuco – alguns até redundantes –, nenhum explicitava pretensão de exclusividade no tocante ao título de 1987. Congruentemente, tal exclusividade não foi positivada pelo dispositivo da respectiva sentença, afigurando-se revelador que esta não tenha usado os termos “o” campeão ou “único” campeão (aliás, é igualmente significativo que o termo “único” só tenha aparecido na recente decisão

de “cumprimento de sentença”, proferida mais de 12 anos após o trânsito em julgado). Além disso, não foi pedido, e nem figurou no dispositivo da sentença, qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

- Nos termos do art. 293 do CPC, devem ser interpretados “restritivamente” os pedidos, o mesmo se passando com a resposta judicial ao pedido, materializada no dispositivo da sentença. Claro. Se os pedidos devem ser interpretados restritivamente, com muito mais razão o dispositivo – sobretudo para fins de coisa julgada – há de merecer a mesma interpretação.

- A exclusividade do título do Sport poderia ser inferida, no máximo, da motivação da demanda intentada pelo clube pernambucano, coisa que não tem a menor chance de alcançar a autoridade da coisa julgada (CPC, art. 469). Ainda que a causa de pedir sirva para esclarecer o objeto litigioso do processo, ela jamais vai ter o condão de suprir o que deveria ter sido expressamente pedido e não foi (tanto assim que no atual sistema pátrio há a previsão da ação declaratória incidental – CPC, arts. 5º, 325 e 470). Tal desvio produziria grave ofensa ao princípio da demanda, conspirando ainda contra a função garantística dos limites da coisa julgada, muito encarecida por este ensaio.

- Não tendo sido pedida a exclusividade pelo Sport, não houve sequer ação a respeito. O próprio conflito que foi judicializado ignorava por completo o dilema da exclusividade *vs.* concomitância de campeões. Esse dilema só apareceu muito tempo depois. Sem que houvesse pedido e ação sobre a questão da exclusividade – e sem que o dilema da exclusividade *vs.* concomitância fosse levado ao Judiciário –, era mesmo impossível que sobre a questão incidisse a imunização própria da coisa julgada.

- Admitir que a autoridade da coisa julgada possa recair sobre pretensões não expressamente deduzidas é atentar, de modo paradoxal, contra a própria segurança jurídica, o grande valor que informa o instituto da coisa julgada. Sem dúvida, a admissão de coisas julgadas implícitas propicia enorme insegurança e, no seu bojo, favorece tremendamente, nesse tema tão decisivo, doses elevadas de voluntarismo judicial. É realmente um paradoxo sem tamanho: insegurança fomentada pelo instituto, logo ele, que deveria ser o baluarte maior da segurança no reino processual.

- O caso é primoroso para se perceber a significação axiológica da coisa julgada. Quando a lei impõe limites à coisa julgada, há uma clara opção valorativa que está sendo realizada, em prol da contenção do poder estatal e também em favor



da segurança jurídica. Assim, não é a mera sintaxe que determina a estreiteza dos limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport. São razões bem mais transcendentais. Não raro, conforme lições clássicas, é na forma e na literalidade que a liberdade vai encontrar as suas maiores amigas.

- Acaso ainda tenha restado alguma dúvida, vários fatores desenvolvidos no trabalho podem ser invocados para desempatar de uma vez por todas a controvérsia. Quais sejam: a) uma leitura contemporânea da coisa julgada, atenta a valores de grande significação nos dias que correm; b) a ambiência material do caso, considerada a ampla autonomia concedida pela nossa Constituição ao setor desportivo; e c) os contornos do caso concreto, um caso complexo e *sui generis*, a ponto de merecer decisões antagônicas da autoridade desportiva (CND) e da justiça estatal. Tudo isso leva ao reforço dos limites da coisa julgada, evitando o esmagamento de debates que se façam indispensáveis no futuro. É, enfim, a aplicação da “regra de ouro” formulada para o equacionamento do caso: havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada. Aplicada essa diretriz restritiva, mais certa ainda fica a rejeição da coisa julgada implícita.

### **Os fatos novos e sua influência no deslinde do caso (12)**

- A chamada unificação dos títulos brasileiros de clubes realizada pela CBF – que em um segundo momento beneficiou o Flamengo – visou ao encerramento definitivo das recorrentes controvérsias que havia em nosso futebol acerca dos ganhadores de títulos nacionais. O que se quis, assumidamente, foi “passar a limpo” a história dos campeonatos brasileiros, agora que eles já atingiram estabilidade e solidez (como ocorre nas grandes ligas europeias). Vários times foram favorecidos pela unificação, sobretudo Santos e Palmeiras, alterando-se sensivelmente o *ranking* dos títulos do futebol brasileiro. Caso não fosse alcançado o Flamengo, vencedor do Módulo Verde de 1987, haveria fundada suspeita de agressão ao princípio isonômico.

- A ampla unificação promovida pela CBF, dentro da sua autonomia constitucional, nenhum parentesco tem com a demanda vencida pelo Sport. São contextos completamente distintos, enraizados em momentos históricos igualmente díspares. A demanda judicial discutiu aspectos regulamentares da confusa Copa União de 1987. Colheu pois o individual, o particular. Já o ato de unificação, em sintonia inteiramente diversa, ignorou conflitos regulamentares pontuais, fixando-se em uma problemática geral e abrangente do futebol brasileiro. Mirou o conjunto, o coletivo. São polos muito distantes. Se por hipótese o ato da CBF carecesse de

judicialização – e não carece –, teríamos uma nova causa de pedir, inequivocamente dissociada da causa veiculada na demanda proposta pelo Sport.

- Portanto, não há nada na unificação de títulos efetuada pela CBF que a possa indispor com a sentença proferida na demanda intentada pelo Sport. Além de o ato da CBF observar os limites objetivos da coisa julgada – dentro dos quais não se incluíram nem a exclusividade do Sport nem a declaração de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987 –, os motivos que inspiraram a CBF guardam completa autonomia em relação aos fundamentos da sentença favorável ao Sport. São atos que ocupam dimensões paralelas, sem nenhuma chance de interferência recíproca. Definitivamente: não houve violação à coisa julgada existente e nem desrespeito à sentença respectiva (lembrando que a noção de autoridade da coisa julgada não se confunde com a de eficácia da sentença).

- Resumindo ao máximo, o Sport é campeão brasileiro de 1987, esta sim uma situação coberta pela coisa julgada e perfeitamente consolidada. Mas não restou imunizada qualquer exclusividade do Sport. Em decorrência, permaneceu em aberto a possibilidade de uma nova regulação para o assunto. Essa peculiar “cinética” processual serve para eliminar qualquer dúvida a respeito da legitimidade do compartilhamento, entre Sport e Flamengo, do título de 1987. A CBF não poderia reconhecer o título do Flamengo *no lugar* do Sport; mas podia, sem qualquer problema, reconhecer o Flamengo como campeão de 1987 *ao lado* do Sport.

- Se pudéssemos expressar em uma sentença matemática o presente estudo de caso, ela ficaria assim: limites objetivos da coisa julgada restritos (neles não figurando a exclusividade pretendida pelo Sport) + fatos e fundamentos inteiramente novos (em relação à demanda proposta pelo Sport) = legitimidade plena do ato que reconheceu o título do Flamengo de 1987 (emitido o ato pela entidade que possui autonomia constitucional para regular o futebol brasileiro).

Encerre-se, finalmente. Além de interessar aos aficionados por futebol, o caso do título brasileiro de 1987 é muito rico para o direito processual. Numa situação absolutamente inédita, a dogmática da coisa julgada é chamada a intervir. Considerando os contornos do caso concreto e os valores em jogo – ingredientes fundamentais na processualística atual, eminentemente tópica e valorativa –, perseguimos, ao longo do estudo, um árduo troféu. Qual seja: em meio a tanta complexidade, chegar a uma aplicação equilibrada do instituto da coisa julgada, à luz da tábua constitucional e do tempo presente.

## 14. REFERÊNCIAS

- ASSAF, Roberto. *História completa do Brasileirão – 1971/2009*. Rio de Janeiro: Lance, 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In Luís Roberto Barroso (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 33, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BOGDAN. A justiça desportiva e o Poder Judiciário: uma análise à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Monografia de final de curso apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina, 2009 (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos> – acesso em 30/06/11).
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. Vol. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 9. ed. Salvador, Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 4. ed. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

- GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer com a seguinte ementa: “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”. *Revista Forense*, nº 353, jan./fev. 2001.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada (comentários ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Petição nº 11.227). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. II, fascículo II, out. 1945.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol. *Revista de Processo*, nº 31, jul./set. 1983.
- \_\_\_\_\_. As lides de natureza desportiva em face da justiça comum: uma contribuição para a superação das dificuldades daí resultantes. *Revista dos Tribunais*, nº 631, maio 1988.
- MELO FILHO, Álvaro. Do contencioso desportivo: sugestão *de lege ferenda*. *Revista Forense*, nº 290, abr./jun. 1985.
- MIRANDA, Martinho Neves. *O direito no desporto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista Forense*, nº 388, nov./dez. 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro. In *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada. In *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- NASCIMENTO, Carlos Valder do (coordenador). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, nº 112, out./dez. 2003.
- RAMOS, Rafael Teixeira. Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o Poder Judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 13, jan./jun. 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual. *Revista Forense*, nº 410, jul./ago. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os limites “temporais” da coisa julgada). *Revista Jurídica*, nº 354, abr. 2007.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. In Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré (coordenadores.). *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



## VII

# A NORMA JURÍDICA

*Marsel Botelho*

Bacharel em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UNICAP. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor Universitário. Ex-Diretor dos Sindicatos dos Escritores Profissionais de Pernambuco.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto o estudo do fato jurídico e sua modalização, passando por um prisma semiótico da linguagem do direito, sob o enfoque da lógica deontica, da lógica paraconsistente e das teorias semióticas dos códigos e da teoria signica, instrumentos com os quais se intenta explicar o fenômeno jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Norma, suporte fático, fato jurídico, modalização, semiótica.

**ABSTRACT:** This work is proposing a dogmatic scientific-research of the legal fact and its modalization, passing through a prism of semiotic language of law, under the focus of deontic logic, paraconsistent logic and theories of semiotic codes, sign theory, instruments with which intends to explain the legal phenomenon.

**KEYWORDS:** Norm, fact support, legal fact, semiotic, deontic modal.

**SUMÁRIO:** Introdução – Do suporte fático – Modalização deontica: uma teoria – Conclusão – Referências.

## INTRODUÇÃO

Como afirma Bobbio<sup>1</sup>, as proposições prescritivas não são nem verdadeiras nem falsas e só as descritivas teriam tal atributo, em face da sua funcionalidade. Por isso a norma não garante que o comportamento alheio será efetivamente modificado, como bem viu Kelsen, que fica claro em face da utilização *a priori* de “D” (functor de functor). Há critérios de identificação das normas<sup>2</sup> tanto pela

1. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Pavan Baptista, Fernando e Sudatti, Ariani Bueno. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 81.
2. “Com Eros Roberto Grau, faço a distinção entre texto (jurídico) e norma (jurídica). Isto porque o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, diferente do *texto*. É a norma.” LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, nota 2, p. 18.

forma, conteúdo, finalidade ou por ser expressão de poder, comando ou imperativo despsicologizado<sup>3</sup>.

Partindo de tais premissas, tenta-se verificá-las por um viés semiótico da teoria dos códigos e da produção sógnica. Ora, para haver functivo é necessária uma força que o estabeleça, o convencie; em assim ocorrendo, o que é denotado no sistema faz-se pelo código-matriz, independente de ser mais estável do que aquilo que é conotado. Por sua vez, o conotado faz-se subcódigo. Mas o sentido que os funtores fixam servem como armação de um sentido ideal, construído a partir de conteúdos concretos e ideais costurados idealizantemente.

As forças da convenção operam em vantagem ao denotado que, assim, ao tomar valor de código, impõe à substância da conotação a sua própria ou permite que o conteúdo desta ao seu se vincule, se submeta, definindo seus graus de conteúdo, o que vai produzir um texto, cujo conteúdo é um discurso em diversos níveis.<sup>4</sup>

Ora, o referente<sup>5</sup>, para uma teoria dos códigos jurídicos, é justamente os estados do mundo que se supõe corresponderem ao conteúdo da função sógnica, às suas propriedades culturais e não o objeto em si. Mas a possibilidade de significar do código pode não corresponder a nenhuma situação real, de fato, ou seja, há uma condição de significação (intencional), que fica evidenciada por um viés deôntico e outra de verdade (extensional) em face dos suportes fáticos. O que interessaria a uma teoria pura dos códigos (Kelsen) seria a primeira (que não corresponde a nenhuma situação real), não a segunda (situação real, de fato), o que toca a esta seria o referente. À norma jurídica não importaria exclusivamente a primeira, pela sua capacidade ou possibilidade de significar (sem correspondência de fato) e não de fixar significações, produção e interpretação sógnica (com correspondência de fato). Se isso é certo, daí já se nota que a segunda condição é o suporte fático (tal distinção é necessária para que não se confunda texto, ou suporte fático, com norma; tampouco suporte fático com o referente, este são substâncias, substratos, sinais a serem carregados pelo código, cujo resultado final é o suporte fático).

Ora, percebe-se que, entre eles (código e subcódigo), entremeiam-se e permeiam-se substâncias, sinais, que são decodificados (denotar; ou denotar-conotar; semântica intencional) e, posteriormente, interpretados (que é fazer a possível escolha dentre as marcas semânticas denotativas ou conotativas).

3. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.116-117.

4. ECO, Humberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Danese, Antônio de Pádua e César Cadorno de Souza, Gilson. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 45-48.

5. Diferentemente da proposta de Eco para sua teoria dos códigos, em que leva em conta o problema do significado não-referencial, impertinente, assim, ao direito. ECO, Humberto. Op. cit., p.56.



Esses sinais ou substâncias vão corresponder aos suportes fáticos do código e do subcódigo. O limite natural, essa nova soleira deve situar as condições de significação do código jurídico (semântica intencional) e as condições de verdade do referente (semântica extensional), já que, inexoravelmente, o funcionamento do sistema está a depender desses sinais específicos: fatos ou eventos valorados, e só assim o são em face da correspondência com a hipótese normativa. Por isso, previamente à decodificação, dar-se, sobre as substâncias do referente, uma análise semântica extensional, que deve se corresponder em semelhança ou dessemelhança àquela inerente à decodificação (semântica intencional). Anotando-se a impertinência, neste artigo, de se esmiuçar o estudo de tais teorias (do código e da função signíca).

Daí duas observações: A primeira é a de que, numa acepção puramente formal, o sistema, a exemplo, ao se defrontar com sinais de fatos brutos<sup>6</sup>, interpretá-los-ia e os decodificaria segundo fatos brutos, sem, conseqüentemente, os juridicizar, mas não deixaria de compor um produto de juridicidade, o fato jurídico da sentença, mantendo sua coerência.

Segunda: Se para sua operacionalidade não necessitasse daquilo que é sua razão de ser, os fatos ou eventos valorados, tal conjectura levaria à conclusão de que não se precisa, então, de sistema. Mas, assim posto, revelar-se-ia uma visão árida e certamente os suportes fáticos são condição “sine qua non” da maquinação jurídica. Hipótese, aliás, só conectável a um mundo de perfeições ou para que não fique no vazio sua própria razão de ser sistema que é *etiquetar* o suporte fático. Na hipótese do sistema funcionar de qualquer sorte, se alguém o manipulasse, continuaria sua produção independente de ser uma verdade ou uma mentira o seu referente, porque a uma teoria pura dos códigos não interessa a verdade ou a mentira: ela processa ambos como válido ou inválido. Mas, como se verá, as normas constitucionais devem ser vistas como extensões de predicados normativos e como tais não poderiam ser poscedentes à intencionalidade infraconstitucional. Dessa forma, ao direito interessaria tanto uma teoria dos códigos (semântica intencional) quanto uma teoria da

6. “Há alguns anos, fiz uma distinção entre fatos brutos, como o fato de o Sol estar a 149 milhões de quilômetros da Terra, e fatos institucionais, como o fato de eu ser um cidadão dos Estados Unidos. De modo a explicar a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais, recorri a uma distinção entre dois tipos diferentes de regras. Algumas regras regulam formas de comportamento que já existem. Pensem, por exemplo, na seguinte regra: “Dirija do lado direito da estrada.” Pode-se dirigir de qualquer lado da estrada mas, uma vez que dirigimos, é útil ter alguma maneira de regular isso, e portanto temos regras do tipo “Faça isso ou aquilo”. E em geral temos regras para regular atividades que existem independentemente das regras. Tais regras são regulativas. Elas regulam formas de comportamento que existiam anteriormente. Mas nem todas as regras são desse tipo. Algumas regras não apenas regulam mas também constituem, ou tornam possível, a forma de atividade que regulam. O exemplo clássico disso são as regras de xadrez.” SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000, p. 114.

produção e interpretação sgnica (semântica extensional), porque a esta o referencial acopla-se indissociavelmente em uma extensão-intenção.

## DO SUPORTE FÁTICO

Quando o legislador valoriza eventos ou fatos sociais e os escolhe para comporem suportes fáticos abstratos de normas jurídicas, e não para suportes fáticos de sentença, por óbvio, o faz no sentido de direcionar seu trabalho legiferante a partir de dados concretos ou idealizados, à colheita dos fatos que sabe comumente ocorrerem ou que, por outro lado, sejam de menor ocorrência, mas lhes atribuindo importância jurídica, não ainda juridicização. Aquela se dar em face de normas; esta por conta da incidência da norma sobre suportes fáticos, sem que se possam desvinculá-las uma da outra (juridicidade e juridicização, campo semântico do ordenamento jurídico).

De qualquer maneira, a passagem, a exemplo, de um fato que se repete sempre e já está estigmatizado (matar alguém) pelo sistema jurídico, relativamente ao conhecimento de seus índices, indicações, será aqui chamado de *sinais* ou substâncias, computáveis aos suportes fáticos, que são unidades-conjunto transmitidas às normas, transformando-as, em função do objeto da norma ser *carregar* esses sinais. A norma, portanto, se torna *signo intencional* daquela função, e não a própria função, ou algo totalmente dela divorciado, produtora de direito e potencialmente de juridicização, um dado da cultura jurídica, processando um código jurídico de correspondência com esses sinais ou substâncias (substratos).

Deve-se esclarecer bem a questão da conotação do suporte fático por Lourival Vilanova, quando afirma que

Se o suporte fático tem as propriedades a, b, c, d e a hipótese os tem como referências de sua conotação A, B, C, D, então o suporte é elevado, esgotantemente, ao nível de fato jurídico. Ordinariamente, o suporte fático é mais rico em propriedades que a conotação da hipótese.<sup>7</sup>

Ou seja, ter-se-ia o modelo:

Dados fáticos	Códigos abstratos
a	A
b	B
c	C
d	D

7. LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.16.

EXPRESSÃO		CONTEÚDO
expressão	conteúdo	
a	A	Fato jurídico (A, B, C, D)
b	B	
c	C	
d	D	

Para haver, portanto, uma semiótica conotativa seria preciso que a, b, c, d, fossem códigos e não sinais, índices, substâncias, enfim, fatos, como o são, porque a resposta, a comunicação (e a inicial) não é resultado do sinal, mas de uma convenção (código, e aí se dá denotativamente) ou por um suporte fático ideal/interpretativo (e então ocorre conotativamente e mesmo assim após uma denotação anterior), com o que, dessa forma, em segunda plana, imperativamente vai ser significado o fenômeno jurídico pela função de carregamento desses sinais pela norma.

Outro modelo semiótico:

FACTUALIDADE	EXPRESSÃO		CONTEÚDO
	abstração	concretação	
a	A	Aa	fato jurídico
b	B	Bb	
c	C	Cc	
d	D	Dd	
Juízo factual	Juízo semiótico		

Ora, as substâncias ou sinais, antes de entrarem na hipótese abstrata, são primeiramente postas a uma semântica extensional e, empós, denotadas e/ou conotadas; se a denotação resolve o fenômeno, não há mediação denotativa-conotativa, apenas sua interface ideal (interpretação, escolhas de marcas semânticas) atua (mas sem mediação, vez que esta é sempre denotativa, numa semântica intencional). Se assim não for suficiente, aí a conotação configura-se como suporte fático ideal, ou soma-se à denotação, permitindo que possa se concretizar e entrar na espécie jurídica pela porta da incidência. Não se pode inverter a ordem denotação-conotação no sistema.

Em princípio, esses signos codificados juridicamente não resultam de regras provisórias de codificação, nem estabelecem conexões transitórias (apenas em certas circunstâncias, previstas no ordenamento), os códigos jurídicos não permitem a proliferação de novos códigos fora da produção legislativa (largo senso), distintamente, a se anotar, da linguagem literária. Há, não obstante, sinais ou substâncias que, de certa forma, compõem certos suportes fáticos, de forma parasitária (sentido da ciência lingüística) por conta de suas nuances: assim é a boa-fê, por estabelecer uma conotação, que só é veiculada depois de seu conteúdo primário ter sido denotado por um código precedente. Questão de convenção do sistema, algo que no direito associa-se à sua força normativa constitucionalmente estabelecida. Ora, a denotação vincula-se a uma substância (semema) conceptual e às propriedades do referente; a conotação não necessariamente ao referente, mas àquele semema.

Daí decorre a impossibilidade de serem previstas tais nuances no suporte fático abstrato em uma correspondência direta com o suporte fático concreto, sem ser intermediada por uma interface previamente idealizada. As substâncias ou sinais dos suportes fáticos abstrato estão a depender da representação que se faz do suporte fático concreto (porque provém de sua ocorrência concreta no mundo dos fatos, e não suposta) a partir de sua valoração e os fatos que se levam à jurisdição não são fatos brutos em hipótese.

E como tais, estão a depender do momento histórico em que foram representados, então, a pender defasagem ou perdas geradas com aquela representação, e o que se representa pode não coincidir, como não coincide, com o que é agora ou em momento posterior. Nesse sentido, falha o legislador propositada ou despropositadamente, uma vez que não consiga a maior proximidade possível do objeto referido. Toda representação é perda. Pode-se representar o fenômeno do luar simplesmente com a expressão “a luz do luar”, coisa completamente distinta de sua ocorrência natural. Não existe, na realidade, nada completamente icônico, nem um retrato revelaria a textura da pele. Nem mesmo um filme o faria, por mais que pareça realidade (parecer + não ser); não ilusório (= não parecer+não ser), porque melhor estimularia a percepção do objeto representado na fotografia. Assim não se pode dizer, peremptoriamente, com base na representação, que o que se apreende com o resultado assemelhado não é um dado diverso (a ser determinado no percurso interpretativo). E tudo se torna uma questão de proximidade, de graus de iconicidade, para o direito<sup>8</sup>. Como se

8. “Se a proposição é concebida também como imagem de um possível estado de coisas, o que a proposição pode fazer, no melhor dos casos, é o que faz uma imagem pintada ou uma imagem plástica, ou um filme; e

dizer que um signo é semelhante ao seu objeto: o significante |boi|, então, seria igual ao «animal», em certo sentido saussuriano, que diz que o significado de boi não é o animal boi, mas sua imagem psíquica, como os estóicos faziam a diferença entre a representação psíquica e o real; mas a palavra |boi| não tem a textura do «animal», tampouco sua dimensão etc.

Analogicamente, o que se quer dizer é que «animal» não representa apenas uma entidade semântica, um conteúdo, mas o resultado do que se sistematiza quando posto com outros conteúdos; o objeto ||boi|| torna-se significante de sua função, por exemplo, «fazenda», «campo» etc. Ou seja, seu significado só pode ser conhecido dentro de um processo de significação situado em um campo semântico prévio e delimitado (ao menos ao sistema jurídico), em que se possa saber o que é denotado e o que é conotado, sob o risco de sua total dispersão. A escolha do percurso, sentido a privilegiar, é matéria de uma interpretação sgnica (escolhas de marcas semânticas denotativas ou conotativas). O que vem confirmar que o que se apreende, com base na interpretação, não seja um dado diverso. Sem dúvida que se cuida de questão importante ao direito:

Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se o texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma).<sup>9</sup>

Analise-se, por hora, o enxerto jurisprudencial trazido por Streck:

O seguinte acórdão, originário do TJRS – como fundamentação similar a outras decisões oriundas do Tribunal Regional federal da 4.<sup>a</sup> Região – bem demonstra uma espécie de retorno (tardio) a uma jurisprudência de valores. Com efeito, enquanto a Constituição do Brasil estabelece que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o *homem e a mulher como entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art.226,§3.º), o Tribunal Federal “colmatou” uma “omissão do constituinte (*sic*), *verbis*: “União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões estáveis homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo o uso

ela não pode, em todo caso, colocar o que não é caso.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 4.<sup>a</sup> ed. Rio: Vozes e Ed. Universitária São Francisco, 2005, p. 191.

9. LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 112.

da analogia. O Elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita a analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.<sup>10</sup>

Faça-se, em breve síntese, um recorte semiótico da questão o *homem e a mulher como entidade familiar*.

Como foi dito, o sentido a privilegiar é dado por uma interpretação sígnica, as condições da escolha das marcas semânticas denotativas e conotativas passam por uma teoria dos códigos no caso jurídico e por uma semântica extensional. Tenha-se, pois, que a palavra |homem| veicula os significados <<macho>>, <<sexo masculino>>, <<mamífero>> etc., que são marcas semânticas denotativas, porque fortemente institucionalizadas, devidamente conhecidas e reconhecidas no campo cultural, pode-se dizer mesmo redundantes, mas codificadas, portanto sem mediação. Raciocínio semelhante cabe à palavra |mulher|.

Porém, no caso acima tratado, percebe-se que o intérprete apenas debruçou-se, em parte, sobre |entidade familiar|, dado que não poderia articular *homem vs mulher* à homossexualidade, por óbvias questões biológicas, genéticas, enfim, culturais e pelos limites impostos do código. Assim, *homem vs mulher* estão em campos semânticos a que se chama de contraditórios, como antônimos complementares, ou mesmo conversos, a se entender *homem vs mulher* como *marido vs mulher*. Dessa forma, ao se debruçar sobre |família| (pois o elo afetivo identifica precisamente uma das marcas semânticas de |família|), adentrou-se num *continuum* absolutamente impertinente ao campo semântico, tendo em vista que |família| não trata unicamente de *homem vs mulher*, podendo ocorrer entre tias e sobrinhos, entre primos, entre pessoas. Não se há de dizer que houve uma mutação do código por segmentação do campo semântico, mas, sim, uma hipercodificação dele, a se considerar que por uma regra anterior chegou-se a outra aditiva (na realidade inexistente) para uma particularização extrema. Ou seja, o intérprete desprezou todo o contexto jurídico constitucional, histórico, biológico, cultural e demais significantes, tomando, exclusivamente, |entidade familiar| por |família|. Neste trabalho deixou-se claro que se firma |interpretação| num sentido diferente do de |decodificação|, por conseguinte aquela adquire o sentido hermenêutico, mas que aqui só ocorre após a decodificação, isso em termos de sistema normativo, à luz da teoria dos códigos.

10. LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, nota 177, p. 112. “Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela”, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo “indevidamente” não constou do pacto constituinte. (...) ...com um argumento kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido”.

Por uma lógica proposicional, ter-se-ia: Os casais de homens e mulheres, que são pessoas, são entidades familiares. Os homossexuais são pessoas. Logo, os casais homossexuais são entidades familiares! Percebe-se que a interpretação foi totalmente arbitrária (o significante até pode o ser, lingüisticamente), não seu significado ou seu uso ao direito. Portanto é um argumento logicamente inválido, do ponto de vista da ciência do direito, pois extrapolou as marcas semânticas instauradas pelo texto normativo, uma vez que o intérprete primeiro se utilizou da conotação (semema mediado por marcas denotativas impertinentes), invertendo a ordem do sistema, denotação–conotação, ou seja, semema e propriedades culturais do referente (denotação) e semema mediado (conotação).

Malgrado o STF já haver equiparado a União Estável entre homem e mulher à União Estável entre homossexuais, nitidamente adotou em seu posicionamento uma tecnologia lógica que não se convola nem com a lógica aristotélica tampouco com a lógica jurídica tradicional, mantendo-se os pressupostos da ciência do direito, o que demonstra nossas assertivas de que a lógica paraconsistente, voluntária ou involuntariamente, foi aplicada à equiparação, uma vez que esta permite contradições em seu sistema sem que este se torne inconsistente e trivial. Portanto, não há como, hoje, conceber-se um Direito sem que seja perpassado por uma lógica deôntica paraconsistente.

De outra sorte, do ponto de vista dos suportes fáticos, o direito transporta os fatos concretos (cuja maior ou menor freqüência quer prevenir) para os suportes fáticos idealizados (pretendidos) tanto quanto para os suportes fáticos abstratos (alcançados) das normas jurídicas.<sup>11</sup> À conta da deficiência de representação e de impossibilidades decorrentes da própria natureza do objeto, diz-se que o interpretante deve intermediá-las com a interface do suporte fático ideal, como a compensar a diferença entre o que é concreto e o que está representado; o que se queria e o que se conseguiu,<sup>12</sup> na esteira de uma semântica extensional-intencional. E como tais, podem não estar em uma única norma abstratamente (não confundir com texto legal, dispositivo, lei)<sup>13</sup>. Considere-se que há três, e não dois, tipos de suportes fáticos: suportes fáticos abstratos e suporte fático ideal (cuja valoração se fez representar em perda ou defasagem<sup>14</sup>), integrantes de normas jurídicas; o

11. LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 22: “Assim, nem mesmo a norma individual e concreta tem seu suporte fático como reprodução íntegra em sua hipótese fática.”

12. LOURIVAL VILANOVA. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa oficial, 1947, p. 28: “A experiência do real figura apenas como um ponto de partida genético, mediante o qual o sujeito atinge o campo da idealidade, onde rege uma dialética diferente da que rege o plano dos objetos reais.”

13. RIFATTERRE, Michael. *A produção do texto*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 6.

14. Substância próxima.

primeiro expresso; o segundo implícito; então co-produzido, o segundo, a partir da correspondência de semelhança e dessemelhança jurislativamente<sup>15</sup>, e não exclusivamente a partir de suportes fáticos concretos; por isso, mais apropriado dizer-se que se deve buscar a devida correspondência entre eles, em semelhança, até ser atingido o produto sentença, fato jurídico.

Outrossim, não é a norma que está indeterminada ou inexistente no sistema e a jurisdição passa a “criá-la”. O suporte fático idealizado é que está a ser identificado pelo jogo de semelhança e dessemelhança com o abstrato e o concreto. E, nesse processo, a norma incidirá ou não, se ao seu resultado detectar-se a semelhança ou a dessemelhança (por menor ou maior proximidade de igualdade), interpodem-se decodificação e interpretação. Ora, o que rege o suporte fático abstrato e o ideal é o ordenamento jurídico, sistema normativo. Todas essas substâncias, se supõe, interagem a partir de códigos prévios matriciais: código de produção constitucional, legislativa, judicial e negocial, jurislativamente<sup>16</sup>.

O suporte fático concreto pode surgir, num primeiro e último momento, desprovido de sinais semelhantes ao suporte fático abstrato, em face de ausência de codificação e significa dizer que não houve a mediação da interface do suporte fático idealizado por semelhança, sendo, portanto, a interpretação  $\neq$  decodificação. Aí, se entenda a decodificação num sentido diverso do de interpretação<sup>17</sup>. A decodificação tem por base uma teoria dos códigos; a interpretação, uma teoria da função signíca. E assim se deve fazê-lo porque há, como em qualquer ciência, um liame de sua atuação-atividade, uma soleira limitativa de sua produção signíca. O direito, por exemplo, não se presta a resolver equações matemáticas ou a calcular a distância entre o Sol e a Terra.

Quando, por outro lado, o suporte fático concreto é mediado pela interface do suporte fático idealizado, em correspondência de semelhança, a decodificação identifica-se com a interpretação e surge direito material. O ordenamento jurídico, por ser um sistema de juridicidade e só autorizar a entrada de códigos juridicizados

15. “Jurislativamente se refere não somente à lei (legis + lativa), mas ao direito (“jus”) sob todas as suas manifestações (que não se limitam à lei em suas várias formas de expressão: constituição, lei complementar, lei ordinária, lei orgânica, decreto-lei etc.), como os costumes.” No sentido proposto por BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, nota 16, p. 19, acrescentamos: equidade, se positivado, súmula vinculante, sentença em ADI, ADC e ADPF.

16. “Jurislativamente se refere não somente à lei (legis + lativa), mas ao direito (“jus”) sob todas as suas manifestações (que não se limitam à lei em suas várias formas de expressão: constituição, lei complementar, lei ordinária, lei orgânica, decreto-lei etc.), como os costumes.” No sentido proposto por BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, nota 16, p. 19, acrescentamos: equidade, se positivado, súmula vinculante, sentença em ADI, ADC e ADPF.

17. ECO, Humberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 117-122.



por outro subcódigo prévio matricial, não pode sofrer hipercodificação, se isso ocorresse, permitiria a produção de novos códigos (normas) arbitrariamente e geraria quebra do sistema, a negabilidade dos pontos de partida, o rompimento com certo processo de sua produção sgnica-codicial, e sistema normativo não mais seria.

Diante do impasse, a produção sgnica do direito autoriza a jurisdição a fazer uso da interpretação como aditivo do suporte fático ideal, e não de regras, na impossibilidade de decodificação direta dos suportes fáticos concretos. A interpretação, dessa forma, se utiliza de um jogo de semelhança e dessemelhança entre suportes fáticos duplicados (abstrato+idealizado) e concretos, fundindo-os, moldando-os na unidade do direito. Veja-se, a exemplo, o art. 121 do Código Penal (CP): “Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.”

Primeira hipótese: Ao longo do processo perante o júri, fica patente que a vítima já estava morta quando foi baleada pelo acusado. O suporte fático concreto não mantém correspondência de semelhança (semelhança mais próxima da desigualdade). Atípico. Não matou, já estava morto, homicídio não é. A interpretação resolve as escolhas das marcas semânticas do denotado. Segunda: ao longo do processo perante o júri, fica patente a autoria por confissão e provas. O suporte fático mantém correspondência de semelhança (mais próxima da igualdade); como se trata de crime, a interpretação resolve as marcas semânticas do denotado.

Terceira: O acusado tenta se livrar do aumento de pena, por conta da qualificação, alegando que o modo que realizou o crime não pertence a nenhuma das hipóteses do §2.º do art. 121 do CP e que só as exclusivamente expressas podem ser-lhe atribuídas. Aí, interpreta-se o “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”; a interface do suporte fático ideal atua por correspondência de semelhança (menos próximo da igualdade). Qualifica-se. Tais exemplos poderiam ser de direito civil; preferiu-se o penal pela simplicidade e clareza. A interpretação resolve as escolhas das marcas semânticas do denotado-conotado.

Concluindo, não se produz nova norma para aplicar ao suporte fático, numa desejada *hipercodificação*, mas se *hiperconsustancia* os suportes fáticos idealizados e abstratos.

## MODALIZAÇÃO DEÔNICA: UMA TEORIA

Quer-se deixar de sobreaviso que a modalização deônica tradicional  $D(A \rightarrow B)$  ou  $(\text{não-}B \rightarrow P)$  é uma relação incompleta, representativa apenas de direito material em sua forma bipolar, não levando em conta o direito formal, o juiz como terceiro da angularidade processual.

Daí, então, quer se chegar a um modalizador de segundo nível não axiologicamente neutro, a que se chama de **J** (Jurisdição-interpretação-suporte fático ideal), pela impossibilidade daquela fórmula tradicional identificar uma relação R”, tanto na endonorma quanto na perinorma, por isso o deslocamento da jurisdição para um modalizante de segundo nível **J**.

Coloca-se o modal<sup>18</sup> do dever-ser, de funtores “(O)”, “(P)” e “(V)”, como “relata” do modalizador “D”, que são relacionais<sup>19</sup>, como lingüisticamente significante e significado são “relata” do signo, e a coercibilidade-coatividade (campo semântico) a partir de um modal paraconsistente e não trivial jurisdicional não axiologicamente neutro, como “relata” do modalizador em segundo nível “J”.

Dado que se diz que tais funtores clássicos pertencem à norma, por conta de que as locuções (impedir, obrigar etc.) “*não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se*”<sup>20</sup>.

O deslocamento, a que se refere, do modal deôntico “D” a algo subjacente a “J”, não implica reducionismo. Mesmo porque a relação “se A é B, então S deve ser P” representa, em verdade, o conteúdo da norma, o resultado de sua incidência sobre o suporte fático, mas que, para a lógica deôntica, representa o conteúdo obrigacional, permissivo ou proibitivo passível de produzir fato jurídico, a incidência em hipótese, a eficácia legal.

Não se quer, não obstante, colocar o direito como uma mera probabilidade, uma previsão de como os juízes decidirão o interesse das partes, o mesmo que reduzir o modal deôntico ao alético, porque não se reduzem, se completam.

Ora, se os funtores deônticos não estão somente na norma, mas também nos fatos jurídicos, significa dizer que quando ocorrem fatos jurídicos aqueles podem ou não terem operado plenamente, em face da necessidade de intervenção jurisdicional. Não que apenas operem na medida, e só na medida em que os fatos jurídicos gerem efeitos, ou seja, não ocorrem exclusivamente com a simples incidência ou com o surgimento do fato jurídico (maioridade, nascimento com vida etc.), mas também em se sabendo, ao menos, de sua eficácia jurídica em termos de relação jurídica, pois “se A, então deve ser B”, não implica uma coação, por exemplo, sendo, aí, coerção campo semântico dos funtores de “D”, um lado da mesma moeda coerção/coação, em face do pressuposto modal “J”, inseparáveis no

18. LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.ª ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 69. A lição do autor é de que “o dever-ser é modal específico das proposições jurídicas normativas...”

19. LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 69-70.

20. LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 68.

plano extensional-intencional. Ou seja, se “D” opera, o faz em pressuposição de “J”.<sup>21</sup> Ademais que a coação (no sentido aqui utilizado) vem de relação processual, fora, assim, da fórmula  $D(A \rightarrow B)$  ou  $(\text{não-}B \rightarrow S)$ , pela ausência da angularidade da relação processual.

E o modal do dever-ser, como um sincategorema, em face também da intervenção da jurisdição (ínsita no art. 5.º, XXXV; CF, de valência extensional-intencional), não está exclusivamente na norma em si mesma porque a função daquela é “dizer” dialeticamente (mas não só dialeticamente a norma que incidiu e as conseqüências daí advindas e o diz através do suporte fático ideal por intermédio de “J”). Ou seja, não se põe exclusivamente o modal na norma (*a priori*), mas no fato jurídico da sentença (*a posteriori*, modal “J”), resultante do “dizer” a incidência, o que significa que quando não se fez necessária a intervenção judicial, a jurisdição (J) não cumpre função sintática e “D” opera intencional e subjacentemente, e não “J” paraconsistentemente (extensão-intenção, a despeito de que o juiz julga fatos<sup>22</sup>, interpreta-os, e não normas). Nesse sentido, a função sintática não pertenceria apenas ao deontico “D”. Se o ser do fato jurídico material ingressa na sentença, então um e outro modal integram-se, sem também se confundirem.

A realização (não efetivação) da norma retira-se da produção do fato jurídico, e quando a norma exige a intervenção jurisdicional ou os indivíduos a provocam, sua atuação é de fazer com que deva-ser (extensão-intenção) e isso pode ainda não estar *a priori* na norma (intenção). Apesar de a norma carecer de valor veritativo, mas não seus suportes fáticos. Considerando ainda que “a proposição normativa é válida desde o momento em que foi posta, conforme procedimento (normativamente estabelecido pelo sistema jurídico)”, segundo Vilanova<sup>23</sup>, não se pode desprezar as implicações resultantes de que apenas *a posteriori* os fatos trazidos à jurisdição são ou não normatizados com base na interpretação-suporte fático ideal, insita em “J”.

Se se dá um fato F, recolhido numa proposição p, um sujeito se põe em relação deontica com outro sujeito; se se verifica conduta oposta (contrária ou complementar) a conduta estabelecida como deonticamente devida, formulada na

21. “O problema da validade dos atos jurídicos transcende a pura Dogmática Jurídica, situando-se, mesmo, no plano da Axiologia Jurídica, além de constituir uma exigência decorrente do próprio caráter sistemático do direito.” BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.6.

22. TORQUATO CASTRO. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São paulo: Saraiva, 1985, p. 14.

23. LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.ª ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 101..

proposição “não-q”, então outra relação de sujeito para sujeito, deonticamente especificada, vem se estabelecer, recolhida na proposição r.<sup>24</sup>

Ora, à primeira análise, dir-se-ia que o fato F, na realidade, se foi recolhido na proposição p, pode-se afirmar que F é suporte fático concreto suficiente, factualidade que, ao ser recolhido a p, ou normatizou-se *a priori* com “D” ou será normatizado com “J” *a posteriori*. Se ocorre “não-q”, e a eficácia não pode ser obtida de mãos próprias pelos sujeitos, haverá uma conduta devida em r apenas em face de “J”, a dizer o *ius* que incidiu e se aplicou, também *a posteriori*. Ambos os modais são juridicamente válidos. Tudo depende da convenção semântica que preside a linguagem em uso. E leva a uma contrapartida de uma situação extensional-intencional, que é formalizada em “J”, de uma situação intencional formalizada em “D”.

Portanto, representa-se aqui o modal deôntico paraconsistente disjuntivo (conectivo “ou”) da jurisdição por “J” de “relata” coercibilidade/coatividade, numa extensão/intensão; a relação “se A é, então B deve-ser”, passaria, num paralelo com a teoria egológica de Cossio<sup>25</sup>, analisada por Lourival Vilanova<sup>26</sup>, a “[D(C→A) ou (não-A→S)]”. Ou: é extensional-intencional<sup>27</sup> que “dado C, deva-ser A, ou dado não-A, deva-ser S”.

“C” representa o suporte fático concreto (ou “fato de juridicidade”), “A” o conjunto suporte fático abstrato (conjunto-conseqüência determinado pela relação intersubjetiva concretizada em categoria jurídica), “não-A” (não adstrição ao conjunto-conseqüência da categoria jurídica a que devia se submeter na relação intersubjetiva) e “S” o conjunto sentença (conjunto-conseqüência da não submissão à categoria jurídica, com intervenção judicial) e “J” o modalizador de segundo nível, interpretativo dos suportes fáticos, integrando-se em conjunção e complementariedade os dois modais, de natureza ao mesmo tempo lógica e axiológica<sup>28</sup>.

24. LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 106.

25. COSSIO, Carlos. *La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 329.

26. LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 131.

27. “Ainda que se mantenha, em teoria, a tese da irredução dos modos deônticos aos modos apofânticos, não se pode desconhecer o fato de que os sistemas jurídicos positivos contenham enunciados descritivos (fáticos e axiológicos). LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61-62, nota 20.

28. MIGUEL REALE. *Lições preliminares de direito*. 27.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 102: “Kelsen, como já dissemos, só considera jurídica a norma que prevê a sanção punitiva, enquanto que, no nosso entender, a concreta juridicidade só se realiza através da conjunção ou complementariedade das duas normas que, a bem ver, se integram numa só, de natureza ao mesmo tempo lógica e axiológica.”

Caso o sujeito se comporte em conformidade à normatividade ou não possa de mãos próprias receber eficácia, vale a primeira implicação. Caso contrário, vale a segunda. Assim, o modalizador “J” é functor de functor, e aqui sua categoria não é axiologicamente neutra, conseqüentemente, o modal não-axiológico, disjuntivamente, co-integra-se em “J” de forma paraconsistente.

Ora, Kelsen, ao admitir que o juiz concretiza a norma geral e abstrata criando a norma individual com a decisão<sup>29</sup>, assim como ao firmar que “o negócio jurídico é um fato produtor de normas” e “na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito” e “estas normas jurídico-negocialmente criadas...”<sup>30</sup>, data vênua, traduzem, a bem da verdade, sob o âmbito da Teoria do Fato Jurídico, que os funtores da norma operam em nível de fato jurídico, assim como em nível de eficácia legal *a priori* e de eficácia jurídica *a posteriori* (eficácia jurídica ≠ eficácia legal), sem “criação” de norma jurídica concreta individual, e não só exclusivamente de eficácia normativa, ou jurídica (*a priori*), se bem que em Kelsen paira o entendimento de que a produção do direito dar-se em nível exclusivamente de normas e porque vê apenas suportes fáticos abstratos *a priori*, e não suportes fáticos ideais que só se tornam abstratos *a posteriori*, em face da verificação extensão-intenção ou verdade-validade do modal “J”, a exemplo do parágrafo único do art. 1.573 do CC<sup>31</sup>. Ora, se a sentença fosse, como pensou Kelsen, norma jurídica concreta e individualizada e para esta, por outro lado, não interessa uma teoria sîgnica, mas uma teoria pura dos códigos para apenas validar ou invalidar, em que paragem ficaria uma sentença declaratória, sabendo-se que

O que se colima, com a ação declarativa, é estabelecer-se a *certeza* no mundo jurídico, ou para se dar por *certa* a existência da relação ou a autenticidade do documento, o que se *mostra* no mundo jurídico; ou para se dar por *certo* que a relação não existe, ou que é falso o documento. Afastam-se dúvidas, de modo que há sempre o enunciado existencial: *é*, ou *não é*.

O elemento da declaratividade aparece em tôdas as ações e sentenças, às vezes com peso ínfimo.<sup>32</sup>

Dessa forma, aos que acenam para a sentença como norma concreta individual (e não como fato jurídico), sendo a declaratória típica apenas uma dentre a

29. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Baptista Machado, João. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.264.

30. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 284-285.

31. Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: (...)

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

32. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1972, p.5.

classificação quinária, sua função não seria exclusivamente validar ou invalidar, não se restringiria só à intencionalidade, mas a uma extensão-intenção, o que contradiria o conceito kelseniano de norma individual, resumindo-o à teoria da produção e interpretação signíca, mas que deveria afinar-se simplesmente com uma teoria pura dos códigos e da função signíca, ou seja, se para tal sentença importaria o referente, os estados do mundo real, então aí uma teoria exclusivamente dos códigos (intencionalidade) não daria conta desse fenômeno.<sup>33</sup>

Presas, portanto, doutrina e jurisprudência, à dicotomia sujeito-objeto e a um liberal-normativismo-individualista, coisificam a relação jurídica, e é aí em que reside a racionalidade dogmática dissociada das realidades sociais emergentes ao desprezar a extensionalidade da norma jurídica e da norma pressuposta, a manterem-se numa esteira da filosofia da consciência, em que a teoria da argumentação, inserida no modelo liberal, vai instaurar a crise do paradigma epistemológico daquela filosofia. No que, com Streck, vem se reafirmar um

...projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a praxis humana, com existência e faticidade, em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-lingüístico, o texto procura não se desligar da existência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem antecipada.<sup>34</sup>

Apesar de a observação de Lourival Vilanova de que “se o sistema de Direito positivo fosse *sistema científico*, necessariamente seguiria a lei lógica de não-contradição. Mas não é sistema científico”<sup>35</sup>. Ora, o autor associa a eliminação do princípio de não-contradição só a sistemas científicos, não levando em conta toda lógica posterior a Kurt Gödel, pois mesmo nesses sistemas ainda persiste inconciliável, nos parâmetros de uma lógica clássica, a contradição, a indecidibilidade, mesmo que o sistema não se torne inconsistente e trivial<sup>36</sup>.

33. Argumento contrário vai na esteira dos que entendem a sentença como norma jurídica: “A declaração, todavia, não lhe suprime o caráter de ato de império estatal, como vontade jurisdicional, nem confere à sentença a forma lógica de enunciado descritivo. É enunciado normativo...” LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.127.

34. LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.19.

35. LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 181.

36. Uma teoria dedutiva T, cuja linguagem contenha um símbolo para a negação, é dita inconsistente se o conjunto de seus teoremas contém ao menos dois deles, um dos quais sendo a negação do outro. Sendo A e ~A tais teoremas, ambos integrantes de um mesmo sistema lógico, apresenta uma contradição. A teoria T chama-se trivial (ou supercompleta) se todas as proposições formuláveis em sua linguagem forem teoremas de T, ou dito de outra forma, se tudo o que puder ser expresso na linguagem T puder ser provado em T.

Um exemplo bem nítido, a partir de um extrato do *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, de que o modal “D” se integra ao modal “J”, ou lhe é subjacente:

Entretanto, a Lei 8.072, do mesmo ano, que classificou os crimes hediondos, além de agravar a pena de estupro, criou uma causa de aumento de pena, aumentando-a da metade quando praticado o crime contra pessoa menor de catorze anos.

No caso em tela, criou-se, destarte, o seguinte impasse: *o art. 213, v.g., passou a estabelecer que quem praticasse estupro contra pessoa maior (caput do artigo), receberia uma pena de 6 a 10 anos; já no parágrafo único tinha-se que quem praticasse o crime contra pessoa menor de 14 anos, a pena seria menor; ou seja, de 4 a 10 anos.* Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram: *uma defendendo a validade do parágrafo único, é dizer, admitiam que quem praticasse estupro contra criança poderia receber pena menor que quem estuprasse uma pessoa adulta, e a outra defendendo a tese de que o citado parágrafo único era admissível.* Na verdade, nesse caso, em vez de discutirem a lei, os juristas discutiram *sobre e a partir da lei*, como se esta (a lei) fosse fruto de um legislador racional. Esse deslocamento discursivo, de cunho ideológico, é próprio do *sentido comum teórico dos juristas*, que produz os *standards* a serem utilizados pela comunidade jurídica. Resulta disso uma interpretação totalmente alienada/afastada das relações sociais. Ou seja, pouco importa ao jurista, inserido no *sentido comum teórico*, o conteúdo das relações sociais. (...) <sup>37</sup>

Analise-se, rapidamente, a questão sobre o ângulo deôntico.

Coloque-se S', S'' sob a representação: sendo F (fato jurídico): “D“(F→R'(S', S''))”, que seria a norma primária; ter-se-ia: “D(não-F→R'(S', S''))”, norma secundária. Valendo também “D[(F→R'(S', S'')) ou (não-F→R'(S', S''))]”. Tal representação deôntica estaria fora da referibilidade processual, significando o surgimento do fato jurídico e de suas conseqüências sem a intervenção jurisdicional (direito material), representação pela qual a maioria da doutrina entende residir a obrigatoriedade do direito, conjecturando-se existir tal obrigatoriedade na própria norma, sendo lógico-formal deôntica, como se se pudesse, absolutamente, no direito, determinar uma intenção sem a verificação da extensão<sup>38</sup> (o juiz julga fatos). Contudo, para a representação da relação processual, incluso o direito material, sendo o modalizador “D”, ocorreria segundo Vilanova: “D(F→R'(S', S''))” e “D(não-F→R'(S', S'', S''))”<sup>39</sup>, em que S''' só apareceria

BARBOSA, Cláudia Maria. In: *PARADOXOS DA AUTO-OBSERVAÇÃO – PERCURSOS DA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA*. Org. ROCHA, Leonel Severo. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 89/92.

37. LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.72.

38. CARNAP, Rudolf e SCHLIK, Moritz. *Coletânea de textos*. Trad. João Baraúna, Luiz e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

39. Segundo LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 59.

na perinorma para representar a coação; assim, a endonorma seria determinada *a priori* (mas ainda implicaria a relação de direito material) e a perinorma *a posteriori* (a implicar a relação processual), contudo se sabe que não há relação entre S' e S'' e sim entre S' e S''' e S'' e S''' (autor-juiz; juiz-réu). Sendo assim, não estaria correta a representação da norma primária na relação jurídica processual, tampouco (S', S'', S''') teriam tal horizontalidade, que não ficou, por Vilanova, solucionada, a se resolver aqui com o modal “J”. E mesmo que S' e S'' transacionassem, em outra hipótese normativa (fora da relação processual), não se poderia falar da exclusão da perinorma, isso só ocorreria em relação ao direito material deduzido, porque haveria a participação de S''' para a eficacização. Na relação jurídica processual,

*Não há particularização em três relações jurídicas processuais (autor, Estado; Estado, réu; autor, réu) como pensou Th. Schwalbach (Die Prozessvoraussetzung im Reichprozess, Archiv für die civilistische Praxis, 63, 393): contactos entre as partes é que criam entre elas relações e situações jurídicas particulares (e.g., a respeito de prazos). Cumpre, assim, que não se confundam a relação jurídica processual, o processo, e as diversas relações e situações processuais nascidas durante o processo.<sup>40</sup>*

Mas, em tal conflito normativo, cuja resolução também acontece somente *a posteriori*, o modalizador “D” não poderia atuar isoladamente na norma primária. A coação é mais que concretude do suporte fático logicamente ocorrido na hipótese normativa, é mais, e não só “plus”: efeito para o mundo dos fatos<sup>41</sup>, e isso a expressão modalizada por “D” não representaria. Talvez por isso a doutrina clássica coloque eficácia=efeito<sup>42</sup>. Além do que o modal “D” não é convincente para explicar as sentenças típicas declaratórias, tendo em vista que

O pressuposto do objeto da declaração é de direito material, por se tratar de efeito da relação jurídica, que se quer declarada, ou da suposição de que alguém quer a declaração da existência ou da inexistência. É de grande relevância saber-se que o pressuposto do objeto é o de ser afirmado que existe ou que não existe a relação jurídica.<sup>43</sup>

40. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XXVI.

41. “Em suma, a aplicação da coação para efetivar a sanção segue a via processual, que é uma série de atos normativamente regrados: segue o devido processo legal.” Sem deslembrar que “o uso não unívoco dos termos ‘sanção’ e ‘coação’ é comum.” LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 131. Porém, o autor sustenta que “quando se diz que o direito é um conjunto de normas sancionadas, coercitivas, coativas, necessário é, em análise no interior dos níveis das normas, sublinhar onde a sanção é efeito de antijuridicidade material, onde é consequência processual. LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 131.

42. LOURIVAL VILANOVA. Op., cit., p. 15-16; 22.

43. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 26.



Decorre, por vez, que aí domina a extensão-intenção: ser ou não ser e valer e não valer; é ou não é e vale ou não vale. Então, já se percebe que razão assiste a Pontes de Miranda, sendo a obrigatoriedade do fato jurídico, não da norma, uma vez que aquela expressão representa exatamente e exatamente só o fenômeno da incidência (que, por práxis, poderia nunca operar), como a ocorrer no plano abstrato (a que a lógica da norma chama de modalização deontica), só que aquela expressão quer se fazer diferente da incidência porque apenas a supõe, como o faz com a concretude do suporte fático que modaliza. Mero contrassenso e um recurso indemonstrável fora de qualquer concretude de suporte fático suficiente, ou seja, fora da existência do fato jurídico, como de o referente, portanto.

Por outro lado, ainda, seria incapaz de representar o fato jurídico processual, uma vez que o operador deontico paraconsistente dele é sempre *a posteriori*, que repugna uma modalização *a priori*, como se quer demonstrar no conflito de normas. E nem mesmo a expressão “se não-F→R” (S’, S”, S””)”, sendo S”” o juiz ou a jurisdição, implicaria a modalização só por “D” da endonorma, e S”” já acarretaria outra relação R””, mesmo que esta contivesse R’ e R” ou as entremeasse<sup>44</sup>, mas se diga que o conteúdo de direito material que a relação processual carrega não lhe pertence e dele mesmo independe, e levaria a confundir eficácia material e processual, fato jurídico material e processual, esferas distintas.

Não há como o modalizador “D” atuar em condições de indeterminação da endonorma *a priori*, como ocorrera com parágrafo único do art. 1.573 do CC ou no conflito normativo esposado.

*“A relação jurídica processual perfaz-se com a citação do réu (angularidade necessária), ou desde o despacho na petição, ou depois de passar em julgado, formalmente, esse despacho. Mostramos neste livro, como em outros, que não há solução a priori.”*<sup>45</sup>

Concluindo-se, sem se considerar o modalizador “J”, a chamada “eficácia interna”, que seria uma eficácia legal, ainda não de fato jurídico, porque deonticamente posta, a exemplo do art. 106 (competência de juízo, CPC), seria a mesma do art. 219 (competência de foro, CPC) e, conseqüentemente, a “eficácia externa” não existiria e, portanto, não haveria incidência sancionatória<sup>46</sup> e, como que modalizaria a norma primária seria “D” (“D(F→R’ (S’, S”))” e “D(não-F→R”(S’,

44. Em sentido contrário: LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 128.

45. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XXVII-XXVIII.

46. Não se tome aqui o termo sanção no sentido kelseniano de punição, castigo.

S”, S’”)”), a expressão deôntica cairia no vazio (?). Então, J[“D(F→R’ (S’, S’”)”)” e “D(não-F→R”(S’, S’”)”)].

Note-se que tanto a “eficácia interna quanto à externa” vai significar concretamente o que Pontes de Miranda chama de eficácia jurídica, que deonticamente se apresenta na expressão já dada “J[D(C→A) ou (não-A→S)]”. Não obstante, a resolução do conflito pelo modalizador “J”, que não é axiologicamente neutro, para aquela mesma relação R’ entre S’ e S’’, seria sempre dada por uma única representação, válida a primeira ou a segunda implicação no conflito de normas de que se fala: “J [D(C→A) ou (não-A→S)]”. Por outro lado, Vilanova sustenta que “o Direito é um sistema com contradições”<sup>47</sup>, e firma:

A lei de não contradição exprime uma relação de impossibilidade *entre enunciados do mesmo tipo sintático*, ou que contenham valores veritativos (verdade/falsidade) ou que contenham as propriedades jurídicas da validade e da não validade. Entre proposições apofânticas, ou entre proposições deônticas, não entre proposições apofânticas e proposições deônticas.<sup>48</sup>

E termina por concluir que um comportamento efetivo relatado em um enunciado descritivo, em nada afeta o valor jurídico do enunciado prescritivo, contudo, a relação antecedente-conseqüente, nos conflitos normativos estudados, mesmo que se considerasse que a contradição ocorre na endonorma, ainda configuraria um conflito normativo sem solução *a priori*, mesmo porque não há a relação S’, S’ e S’’, mas, S’ e S’ e S’ e S’ em toda a extensão. Ainda se tenha em conta que o jurista não leva em consideração que a produção signíca do direito é dada por uma unidade extensional-intencional, porque, como visto, admite uma *hipercodificação*, e não uma *hiperconsustanciação*.

Ora, se a norma é proposição<sup>49</sup>, certamente

O enunciado não é, pois, uma unidade elementar que viria somar-se ou misturar-se às unidades descritas pela gramática ou pela lógica. Não pode ser isolado como uma frase, uma proposição ou um ato de formulação. Descrever um enunciado não significa isolar e caracterizar um segmento horizontal, mas definir as condições nas quais se realizou a função que deu a uma série de signos (não sendo esta forçosamente gramatical nem logicamente estruturada) uma existência, e uma existência específica. Esta a faz aparecer não como um simples traço, mas

47. LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.ª ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 185.

48. LOURIVAL VILANOVA. *Op. cit.*, p. 187.

49. “La representación más elemental de la proposición normativa es la kelseniana: *dado A debe ser B*, la que se formula así:  $A \rightarrow B$ .” LEGAZ E LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5.ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1979, p. 383. Tradução livre: A representação mais elementar da proposição normativa é a kelsiana: Dado A, deve ser B, a que se formula assim:  $A \rightarrow B$ .

como relação com um domínio de objetos; não como resultado de uma ação ou de uma operação individual, mas como um jogo de posições possíveis para um sujeito; não como uma totalidade orgânica, autônoma, fechada em si e suscetível de – sozinha – formar sentido, mas como um elemento em um campo de coexistência; não como um acontecimento passageiro ou um objeto inerte, mas como uma materialidade repetível. A descrição dos enunciados se dirige, segundo uma dimensão de certa forma vertical, às condições de existência dos diferentes conjuntos significantes. Daí um paradoxo: ela não tenta contornar as *performances* verbais para descobrir, atrás delas, ou sob sua superfície aparente, um elemento oculto, um sentido secreto que nelas se esconde, ou que através delas aparece sem dizê-lo; e, entretanto, o enunciado não é imediatamente visível; não se apresenta de forma tão manifesta quanto uma estrutura gramatical ou lógica (mesmo se esta não estiver inteiramente clara, mesmo se for muito difícil de elucidar). O enunciado é, ao mesmo tempo, não visível e não oculto.<sup>50</sup>

Ademais, ao que parece, no rumo de uma virada lingüística (*linguistic turn*), por ser a norma jurídica menos uma proposição do que um enunciado, justificarse-ia sua natureza alográfica e sua leitura no eixo do substancialismo (?). Evidente, então, que a norma jurídica não comporta apenas o sentido deontológico de validade (intencionalidade), mas uma extensionalidade-intencionalidade<sup>51</sup> dentro de uma principiologia constitucional (Fato-Princípio-Norma) e não mais de um tridimensionalismo (Fato-Valor-Norma).

Portanto, a relação preliminar “[D(C→A) ou (não-A→S)]” exprime a coercibilidade/coatividade do direito e, para Lourival Vilanova, a relação “se A é B, então S deve ser P” ou ainda “D(A→B) ou (S→P)”, com as constantes lógicas tradicionais, é que as representaria. Porém, observa-se, segundo o enfoque de uma teoria dos códigos e de uma teoria sígnica, em que ambas se prestam em conjunto ao direito para a explicação do fenômeno jurídico, que a análise da intenção está a implicar uma verificação da extensão, com o que se quer demonstrar a partir de uma lógica deôntica paraconsistente no ordenamento jurídico; ademais existir a norma pressuposta (com seus elementos lógico-imanente e jurídico-positivo), que contém valor extensional-intencional precedente à intencionalidade infraconstitucional,

50. FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 7.<sup>a</sup> ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio: Forense Universitária, 2007, p. 121-122.

51. Mormente que não se pode esquecer a questão da ideologia que é, para EAGLETON, Terry. *Teoria da Literatura: Uma introdução*. Tradução Waltensir Dutra. 3.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 20-21: “A estrutura dos valores, em grande parte oculta, que informa e enfatiza nossas afirmações fatuais, é parte do que entendemos por “ideologia”. Por “ideologia” quero dizer, aproximadamente, a maneira pela qual aquilo que dizemos e no que acreditamos se relaciona com a estrutura do poder e com as relações de poder da sociedade em que vivemos. Não entendo por “ideologia” apenas as crenças que têm raízes profundas, e são muitas vezes inconscientes. Considero-a, mais particularmente, com sendo os modos de sentir, avaliar, perceber e acreditar, que se relacionam de alguma forma com a manutenção e reprodução do poder social.”

até no plano formal, de qualquer intencionalidade normativa,<sup>52</sup> fundante, portanto, da validade infraconstitucional ou da eficácia legal, fato mesmo de fechamento do sistema, pelo caráter cimeiro da Constituição; assim como a infraconstitucionalidade ou o elemento jurídico-positivo são fundantes da eficácia jurídica.

Não olvidar, naturalmente, de que a própria matemática pode produzir teoremas indecidíveis, ou seja, que não podem ser demonstrados dentro de seu próprio sistema.<sup>53</sup> (ç) Assim, então, estaria o direito fadado a tal fatalidade, ou seria apenas um sintoma, rejeitável a um sistema que se preze jurídico, que a incidência não coincidiu com a aplicação (?), mas assim o deveria segundo a única resposta correta proposta por Dworkin. Confirmando que

...as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Mas isso não significa que o processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos. É possível encontrar respostas corretas em direito, justamente pelo caráter anti-relativista da hermenêutica filosófica, que retrabalho na obra como uma Nova Crítica do Direito.<sup>54</sup>

## CONCLUSÃO

O fato é que a norma é uma estrutura jurídica singular. Para sancionistas ou não-sancionistas, a norma jurídica ainda é, ao que se vê, uma estrutura dúplice (antecedente  $\rightarrow$  conseqüente)<sup>55</sup>: Para os sancionistas, a duplicidade residiria no ser juízo hipotético (Se A, então deve ser B, ou  $(A \rightarrow B)$ ); ou juízo disjuntivo:  $(A \rightarrow B)$  (não- $B \rightarrow P$ ). Assim como para os não-sancionistas:  $(SP \rightarrow P)$ , sendo SP suporte fático ou hipótese e P preceito, dispositivo ou tese.<sup>56</sup> Ora, inevitavelmente, decorre uma conclusão irrefutável: a norma é uma estrutura dúplice, dicotômica, cuja primeira parte é formada por suportes fáticos, condutas, ou eventos, podendo mesmo ser fatos jurídicos propriamente; e a segunda parte composta de efeitos jurídicos, ambas pré-estabelecidas, não necessariamente a primeira (a conduta)

52. “Se o pesquisador do Direito não fica jungido à descritiva, nem por isso se pode pensar nos *modelos jurídicos* como algo desligado da experiência, pois toda estrutura normativa, enquanto unidade integrante e superadora de uma tensão fatídico-axiológica, é forjada na experiência e vive em função dela.” REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 166.

53. LOURENÇO, Manuel. *O teorema de Gödel e a hipótese do contínuo*. Lisboa: Galoust Gulbenkian, 1979. Kurt Gödel convivia diariamente com Albert Einstein em Princeton-USA e chegou a provar, matematicamente, que a matemática como um todo não pode ser apreendida com axiomas e regras.

54. LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.19.

55. Não se entenda aqui a duplicidade por conta de existir a endonorma e a perinorma, mas pela dicotomia da relação jurídica.

56. BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32 e 69.

expressa em algum dispositivo de lei (*lato sensu*), podendo a ela se chegar através do mecanismo já descrito de suportes fáticos concretos, idealizados e abstratos extraídos extrajudicialmente, assim como do próprio ordenamento jurídico.

Ou seja, se houvesse criação pela jurisdição de norma jurídica, estar-se-ia a afirmar, conseqüentemente, que ela poderia criar preceitos aleatoriamente, conseqüências jurídicas, sanções, não previstas pelo ordenamento jurídico-constitucional, o que configuraria um tremendo absurdo. Dessa forma, então, conduta não é norma e, se por questão de lógica, todo princípio estivesse relacionado apenas à conduta humana, jamais poderia ser norma, vez que esta não subsiste sem o seu preceito ou sanção ou tese ou conseqüência jurídica e mesmo que um artigo de lei previsse algum princípio em seu suporte fático e a correspondente conseqüência jurídica, ainda assim tal princípio não seria norma, mas apenas suporte fático, conduta, considerando que para se constituir uma norma a duplicidade é imprescindível: hipótese e tese, conduta e conseqüência etc., e o princípio, se assim visto em si mesmo, jamais configuraria hipótese e tese, sanção ou efeito jurídico, ao mesmo tempo, em face de seu discurso descritivo. A norma, portanto, é uma estrutura dúplici indissociável, inconfundível com a conduta nela prevista.

Vale ressaltar que, com relação aos princípios ou normas constitucionais, não há que se duvidar que são auto-aplicáveis e que tais princípios são inexoravelmente normas. Noutra seara, encontram-se, porém, os princípios infraconstitucionais, que não têm a natureza de norma jurídica por ocupar função exclusiva de complementaridade, e nesse ponto vale lembrar as lições de Pontes de Miranda quando se reporta às regras de arbítrio, entendendo-se como aquelas aplicadas à vista de um exame complementar, do qual fala Rudolf Pollak, no sentido de completar as lacunas da lei:

Quando o juiz, nas regras de arbítrio, resolve, enchendo o *branco* que o legislador deixou, ele não legisla, – ele “aplica”, porque esse *branco* não é vazio de regra jurídica, que deva ser cheio de alguma regra, feita pelo juiz, ou de *qualquer* ato dele. Rigorosamente, seria *cinzento*, e não *branco*, o espaço que deixou vago. Por isso fracassam as chamadas *teorias das regras em branco*.<sup>57</sup>

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

57. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p.36.

- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Pavan Baptista, Fernando e Sudatti, Ariani Bueno. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Edipro, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998.
- COSSIO, Carlos. *La Teoría Egologica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- ECO, Humberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. I. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A e HASSEMER, W. Trad. Keel, Marcos e Seca de Oliveira, Manuel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Baptista Machado, João. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Noeses, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LUIZ STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIFATTERRE, Michael. *A produção do texto*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000.
- TORQUATO CASTRO. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

# VIII

## A APROPRIAÇÃO DO DISCURSO MIDIÁTICO PELA POLÍTICA E A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO: UMA ANÁLISE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

*Nathália Rosa Mendes*

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011)  
Assistente judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Email:  
nathaliarosa16@hotmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho busca verificar se a Lei de Crimes Hediondos possuiu função eminentemente simbólica e qual o papel da mídia na sua elaboração e na determinação de seu caráter simbólico. Primeiro, é analisado o conceito de Direito Penal Simbólico, depois, o processo legislativo e suas fases pré-legislativas, legislativas e pós-legislativas a fim de determinar a influência da mídia em cada uma delas. Após isso, são estudadas as fases pré-legislativa e legislativa da Lei de Crimes Hediondos, verificando como foi determinante o papel da mídia e da opinião pública na elaboração dessa lei. Ao final, são avaliados os efeitos da lei; oportunidade na qual concluiremos que ela fracassou quanto aos objetivos instrumentais que anunciou buscar, limitando-se a atender a opinião pública da época com a falsa impressão de que o legislativo ao tomar medidas drásticas escolhia as mais eficazes na solução do problema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal Simbólico. Lei de Crimes Hediondos. Mídia.

**ABSTRACT:** This article is aimed at checking if the Brazilian Law of Hideous Crimes (Law n. 8.072/90 modified by the Laws n. 8.930/94, 9.677/98 and 9.695/98) has eminently symbolic function and which is the media's role in its elaboration and symbolism. First of all, the concept of Symbolic Criminal Law is analysed. Afterwards, the before-legislative, legislative, after-legislative phases are analysed in order to find out the influence of the media upon each of them. Later on, the before-legislative and legislative phases of the Law of Hideous Crimes are studied, verifying how significant the media and the public opinion roles were on the making of this Law. Eventually, the effects of this Law are evaluated drawing to the conclusion that it failed when it came to its instrumental objectives which were announced, only answering the public opinion from that time with a fake impression that Legislative when it took drastic measures was choosing the most effective solution to the problem.

**KEYWORDS:** Symbolic Criminal Law. Law of Hideous Crimes. Media.

**SUMÁRIO:** 1. O direito penal simbólico – 2. A mídia e a política: 2.1. A fase pré-legislativa; 2.2. O agente social mídia: 2.2.1. A constatação de uma disfunção social, sua inclusão na pauta de discussão social e a persistência da disfunção; 2.2.2. A ativação das burocracias – 3. O exemplo paradigmático da Lei de crimes hediondos: 3.1. As fases pré-legislativa e legislativa da

Lei 8.072/90; 3.2 As leis expansivas do rol de crimes hediondos; 3.3. A fase pós-legislativa: uma avaliação dos efeitos da Lei de Crimes Hediondos; 3.4. A persistência da legislação simbólica – 4. Conclusões – 5. Referências.

## 1. O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Os últimos vinte e cinco anos do século vinte foram marcados pelo desalento quanto à possibilidade ressocializadora da pena e, conseqüentemente, por uma reorientação das práticas penais. Essa reorientação coincide com pensamentos criminológicos radicalmente opostos aos anteriormente produzidos, que se caracterizavam, de forma genérica, pela limitação do Direito Penal pelos direitos humanos. Pensadores reacionários como James Q. Wilson ganham destaque, primeiro nos Estados Unidos da América, depois, também na América Latina, com suas propostas de adoção de políticas de “mão de ferro”. Em nome de uma atuação eficaz do Estado frente à criminalidade e da garantia de segurança interna e externa, são flexibilizados, quando não ignorados, os limites traçados no Iluminismo. Trata-se do fenômeno da “emergência”, que na América Latina assume a forma de um “discurso da segurança”. Sobreveio ainda a “criminologia da vida cotidiana” e a análise econômica do Direito com toda a sua fé na prevenção geral negativa, partindo do pressuposto de que todo comportamento humano é resultado de uma escolha racional entre o custo do castigo e o benefício do delito (ANITUA, 2007).

Segundo Baratta (1994), a prevenção geral negativa continua sendo o fundamento da confiança ainda depositada no Sistema Penal. Mas não foi só essa teoria que passou a ser exaltada, também a prevenção geral positiva ganhou destaque e é a ela que muitos atribuem a denominação de Função Simbólica do Direito Penal.<sup>1</sup>

No entanto, não basta uma orientação para a função de prevenção geral positiva para falar em um Direito Penal Simbólico, pois ela pode ser mais uma função do Direito Penal, embora não possa ser a mais destacada e, muito menos, a única. Inadmissível que todo o Sistema Penal (a produção de leis incriminadoras, a persecução penal, a imposição de uma pena e sua execução) vise restabelecer a confiança nas instituições públicas, conforme preleciona Günther Jakobs. Anitua ressalta que, segundo essa concepção, a pena teria duas funções: a “latente” destinada à consolidação da sociedade e a “manifesta”, que marginaliza o fato criminoso e o seu autor (ANITUA, 2007, p. 800).

1. Compartilham desse entendimento: Winfried Hassemer (2008) e Gabriel Ignacio Anitua (2007). Em sentido contrário: Díez-Ripollés (1995).



Por outro lado, segundo Terradillos Basoco (1995) a função simbólica seria indissociável da função instrumental do Direito Penal, qual seja a proteção de bens jurídicos. Já Díez-Ripollés vai além e afirma que as funções simbólicas seriam inclusive necessárias para a proteção de bens jurídicos, na medida em que a pena gera emoções e representações – no indivíduo e no coletivo – inibitórias de comportamentos lesivos ou perigosos aos bens jurídicos (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002).

Para Basoco, a função simbólica da pena estaria na sua “aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, de valor positivo ou negativo” (BASOCO, 1995, p. 10, tradução nossa).<sup>2</sup>

Díez-Ripollés, ao tratar das funções simbólicas, utiliza a expressão “efeitos simbólicos”, que conceitua como “o fim ou a função de transmitir à sociedade certas mensagens ou conteúdos valorativos, e sua capacidade de influência se limitaria às mentes ou às consciências, nas quais produziriam emoções ou, quando mais, representações mentais” (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002, p. 68, tradução nossa).<sup>3</sup>

Eles adotam um conceito mais genérico para efeitos simbólicos; conceito que coincide com efeitos tanto expressivos quanto integradores. Os primeiros são aqueles que “suscitam emoções ou sentimentos nas consciências”, bem coincidente com os efeitos da prevenção geral negativa, de caráter intimidativo. Os segundos “geram determinadas representações valorativas nas mentes” e se aproximam da prevenção geral positiva. A esses dois efeitos, espécies do efeito simbólico, se contrapõem as funções instrumentais, que são “aquelas que promovem modificações na realidade social e no comportamento humano” (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002, p. 69, tradução nossa).<sup>4</sup>

Embora seja difícil demonstrar que a pena tenha tal capacidade inibitória, com forças e resultados minimamente satisfatórios, como Díez-Ripollés atribui à função expressiva da pena, não há como aprofundar nesta análise por ora. Mas é importante tê-la em conta, pois não parece acertado defender que as funções simbólicas, tal como entendidas por Díez-Ripollés, são de per se ilegítimas, mas que sua capacidade de influir na proteção de bens jurídicos não é verificável.

2. “Aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes”.
3. “Fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales”.
4. “Generan determinadas representaciones valorativas en las mentes”. “Aquel que supone cierta modificación de la realidad social y, más em concreto, de los comportamientos humanos”.

Para ele, as funções simbólicas são ilegítimas apenas quando o emprego da sanção penal descansa de forma relevante sobre efeitos sociais e pessoais desnecessários a partir do princípio teleológico legitimador da sanção penal ou quando resultam inaceitáveis sobre o ponto de vista dos princípios restantes, não utilitários, legitimadores da pena, como a proporcionalidade e a humanidade das penas. Dessa forma, não se trata apenas do desequilíbrio entre funções simbólicas e instrumentais. É que o conceito de Direito Penal Simbólico estaria atrelado ao que denomina de “desnaturalização” da intervenção penal porque falta legitimidade a quase todos ou a grande parte dos efeitos simbólicos.<sup>5</sup>

A “desnaturalização” é verificada quando a pena produz efeitos simbólicos, desrespeitando os “princípios da sanção penal”: o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade das penas e, por fim, o princípio teleológico, que enunciaria a necessidade de que a pena cumpra os efeitos a ela atribuídos pela escolha política.

Diez-Ripollés (2002, p. 86) assevera que o Direito Penal Simbólico não se trata de garantir coerência entre os programas de decisão política e os resultados obtidos, mas de questionar sobre a legitimidade de certos efeitos que são produzidos; legitimidade que se afere mediante análise do atendimento aos princípios da sanção penal.

Ocorre que constantemente a produção legislativa em matéria penal e a programação teleológica do Sistema Penal declaram que a pena pode proteger o bem jurídico, que ela promove efetivo controle e redução da criminalidade e realiza a tarefa de defesa social com presteza. Isto é, as leis são promulgadas com a pretensão de bem defender os bens jurídicos e promover segurança. Porque é essa a exigência que cresce. Esse é o resultado da demanda social, que é canalizada pela mídia.

As leis penais, como pronta resposta à insegurança subjetiva que se instala, vêm envoltas por uma eufórica crença de que elas são a solução para conter a criminalidade ou a medida necessária diante de um episódio que chocou a população pela “conduta desafiadora dos criminosos”. Traçado superficialmente o perfil pretencioso dos programas de decisão política, a conclusão básica é que as modificações na realidade social são mínimas, ainda que drásticas. Nesse contexto, o Direito Penal Simbólico consiste sim na discrepância entre os objetivos que a lei penal anuncia – quando anuncia- e os resultados alcançados.

5. Concepção partilhada por Baratta, Melossi, Basoco e Sánchez, segundo Diez-Ripollés (2002, p. 85-86). Hassemer, todavia, entende o Direito Penal Simbólico como uma ficção de que são cumpridas funções manifestas quando são cumpridas as latentes (2008).

Claro que todo Direito guarda discrepâncias entre o que a lei objetiva e as mudanças sociais que ela efetivamente produz. Assim, não é só a discrepância entre os efeitos latentes e os manifestos que caracterizam o Direito Penal Simbólico, é preciso que adicionar uma qualidade negativa a essa discrepância: a falsa aparência de instrumentalidade (HASSEMER, 1995).

Ressalte-se que quando os efeitos simbólicos são superiores aos instrumentais, já é preciso aferir a legitimidade do Direito Penal, pois ela estará sendo colocada em xeque. Não é possível, então, deixar de ter em conta o que o Sistema Penal tem efetivamente conseguido realizar. Não há como pensar em um Direito Penal desvinculado do “ser” (ANDRADE, 2003). Muito porque deixar de aferir a eficiência das funções declaradas por certo reflete em afronta aos princípios elencados por Díez-Ripollés: o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade das penas e, por fim, o princípio teleológico.

Assim, já fica claro que o conceito de Direito Penal Simbólico é gradual<sup>6</sup> e inversamente proporcional à legitimidade do Direito Penal. E por ser o Direito Penal Simbólico passível de gradação é que é possível entender o descompasso entre funções objetivadas e efetivadas como insertas na sua conceituação. Isso porque o descompasso pode ser em menor ou maior grau e revelar um Direito Penal menos ou mais simbólico e, assim, menos ou mais ilegítimo.

Ademais, cabe lembrar que na sociedade pós-moderna a insegurança subjetiva é tão ressaltada que, quando o Sistema Penal dirige sua atividade para a promoção de efeitos expressivos e integrativos, o resultado nunca é suficiente. Cumpre ressaltar ainda que, diante da crescente insegurança subjetiva, o Estado, na tentativa de restabelecer a confiança nele e na capacidade integrativa da lei, é forçado a recorrer cada vez mais à imposição de seu poder punitivo. Assim, os efeitos simbólicos de cunho positivo são imperceptíveis em face dos negativos. Por conseguinte, o que Díez-Ripollés considerou secundário, torna-se sobremaneira relevante, ao menos no contexto brasileiro.

Posto isso, é possível afirmar que as funções simbólicas são de cunho predominantemente maléfico, porque seu caráter benéfico – seja de concretização da consciência jurídica ou de intimidação geral – é pouco verificável. Conseqüentemente, a realidade do Sistema Penal é de tal forma que “a eficácia das funções declaradas do Direito Penal é, sobretudo, simbólica e legitimadora, ao invés de instrumental” (ANDRADE, 2002, p. 292).

6. Assim entendem Díez-Ripollés (2002) e Hassemer (2008).

No presente trabalho melhor análise será destinada a função simbólica-espécie destinada à concretização de uma consciência jurídica, a qual Díez-Ripollés denomina de integrativa. É a essa função que a maioria dos doutrinadores atribui o termo função simbólica.<sup>7</sup> Ela é atributo de uma legislação orientada muito mais aos cidadãos fiéis à lei para restabelecer a confiança deles no ordenamento, quebrada pela percepção do delito. Assim, quando falarmos em função simbólica nesse trabalho trataremos apenas dessa acepção, deixando de lado aquela referente à capacidade de influir na conduta de possíveis delinquentes. E daí porque as funções simbólicas estão constantemente atreladas à função da prevenção geral positiva.

Um Direito Penal Simbólico não é feito apenas do descompasso entre funções instrumentais e simbólicas, mas quando essa última é demasiado destacada se comparada à instrumental ou quando parece ser a única existente. Ou seja, quando o Sistema Penal não logra proteger bens jurídicos e toda sua atuação se destina à sua própria reafirmação e a do Estado, e a lei penal se dirige àqueles que seguem a norma, os cidadãos, ratificando a confiança que eles depositam nas instituições.

Mesmo que o Sistema Penal logre, em tese, ainda que minimamente, proteger bens jurídicos, o recurso aos efeitos instrumentais não seria legítimo se em descompasso com os princípios elencados por Díez-Ripollés: o da proporcionalidade, o teleológico e o da humanidade das penas.

E é por isso que, mais adiante no trabalho, quando for atribuída função simbólica à Lei de Crimes Hediondos, falar-se-á em uma função “eminente simbólica”. Pois, a lei foi e está sendo aplicada, gerando efeitos concretos e massacrantes nas vidas dos condenados, e, assim, de certa forma, ela promove uma mínima, incipiente e temporária *neutralização*<sup>8</sup>, tendo em vista as elevadas penas e, antes da alteração dada pela Lei 11.464/2007, a determinação de regime integral fechado. E somente esse fato já nos impediria de atribuir-lhe tão somente funções simbólicas. O que não quer dizer que seu grau de simbolismo não seja suficiente para tê-la como ilegítima.

O Direito Penal Simbólico, como um Direito Penal marcado pela realização de funções simbólicas, a despeito das instrumentais, está francamente associado à Expansão do Direito Penal, típica do final do século XX. É que esse movimento, ao traduzir a criação de novos bens jurídicos penais, a introdução de novos tipos

7. BARATTA (1994), HASSEMER (2008), TERRADILLOS BASOCO (1991), MELOSSI (1991), BUSTOS RAMÍREZ (1991), SILVA-SÁNCHEZ (2002).

8. A transformação definitiva ou temporalmente do autor do delito em um ser incapaz de cometer outros (BARATTA, 1994, p. 19).

e o agravamento daqueles já existentes, aumenta a fé no Sistema Penal como solução, na medida em que mais leis estão à disposição para “solucionar” problemas (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 21). Porém, mais ineficiência se obtém e mais simbólico o Direito Penal se torna. Por outro lado, a ineficácia exige uma atuação estatal, e, então, se recorre mais uma vez às funções simbólicas do Direito Penal, e esse se expande cada vez mais. Trata-se de um sistema que se retroalimenta.

Silva-Sánchez entende que uma das explicações para o expansionismo penal observado nas sociedades pós-industriais está no constante uso pelo Estado da legislação penal como uma aparente solução simples aos problemas sociais. E com isso, é deslocado para o simbólico o que deveria ser resolvido no plano da instrumentalidade. Isto é, o Estado não trata de deferir proteção efetiva e se limita à “declaração de princípios que tranquilizam a opinião pública” (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 23). Mas esse recurso permanente à legislação penal, conforme alerta o autor, deve ser compreendido à luz da mudança de expectativa da sociedade em relação ao Direito Penal. É preciso entender que há uma verdadeira demanda social por mais proteção.

Fato é que as sociedades pós-industriais são “sociedades da insegurança sentida ou do medo” e também de mais insegurança real, porque há sim novos riscos. Disso decorre uma “demanda social por mais proteção” por vezes canalizada para conteúdos e níveis irracionais graças aos meios de comunicação (SILVA-SÁNCHEZ, 2002). Mas também há uma demanda por uma atitude estatal frente aos antigos problemas que aparecem como maiores na sociedade moderna, seja pela já difundida insegurança generalizada, seja pelo seu real incremento diante da omissão estatal quanto a políticas sociais amplas (ANITUA, 2007).

Segundo Silva-Sánchez (2002, p. 25-26), os “debates clássicos sobre o Direito Penal foram substituídos por um consenso geral, ou quase geral, sobre as virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos”. Assim, o discurso Lei e Ordem da década de 1970, que reclamava uma reação legal, judicial e policial incisiva contra a criminalidade, não desapareceu, mas integrou o “consenso social sobre o papel do direito penal”. O discurso passou a ser unívoco.

O legislador, então, recorre à edição de leis penais, porque tem consciência do fracasso de outras medidas ou por sua ignorância, ou porque anseia por resultados fáceis – em nível de satisfação da sociedade – e, logo, eleitores. Assim, “cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais”. Trata-se de uma contradição entre o que o legislador declara objetivar e o que o sistema logra realizar. Com isso, há mais do que o engano dos cidadãos pelos políticos, há

também completa discrepância entre “as aquisições científicas relativas às reais possibilidades da ação instrumental do sistema da justiça criminal e os centros das decisões políticas do legislador” (BARATTA, 1994, p.23). E esse é um problema geral da sociedade industrial avançada. São as disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade, com o estabelecimento de uma visão deformada da realidade e da capacidade do sistema punitivo em transformá-la, que motivam a crise do sistema decisório representativo (BARATTA, 1994).

A incapacidade estatal para a real tutela dos bens jurídicos é compensada pela ilusão de segurança e sentimento de confiança no sistema penal, que possuem uma base real cada vez mais frágil (BARATTA, 1994, p. 22). Trata-se de uma atuação legislativa declarativo-formal cuja pretensão é elaborar leis fiéis à opinião coletiva sobre uma realidade social conflitiva, sem qualquer consideração acerca da eficiência da medida legislativa para a solução do problema (DIEZ – RIPOLLÉS, 2002). Óbvio que as medidas adotadas são de cunho repressivo-conservador, de forma que o Direito Penal Simbólico está vinculado ao “ressurgir do punitivismo”. E esses seriam dois fenômenos que conformam a involução da política criminal, traduzida no conceito de Expansão do Direito Penal: a produção de novos tipos e as reformas dos tipos já existentes em uma velocidade maior do que aquela já antes observada, aliada à carência de técnica. E o produto disso é o que se denomina Direito Penal do Inimigo (MELIÁ; JAKOBS, 2005).

No presente trabalho, porém, não trataremos dos novos tipos, mas tão somente da reforma daqueles já existentes. A discussão sobre o Direito Penal do Risco relativo a esses novos tipos foge à proposta do trabalho, que pretende focar nas medidas de endurecimento com os crimes já previstos em lei, conforme o ideal penal de que “o público seja protegido e que seus sentimentos sejam expressados”. Trataremos de medidas populistas destinadas a privilegiar a “opinião pública”<sup>9</sup> em detrimento dos especialistas, que são frequentemente aprovadas “com pouca pesquisa prévia, bem como carecem do planejamento de custos e das projeções estatísticas” (GARLAND, 2008, p. 316).

Assim o Direito Penal Simbólico denomina o fenômeno pelo qual o legislador recorre constantemente à edição de leis penais, não porque elas são eficientes para

9. A opinião pública não se trata da “opinião majoritária da sociedade, seja qual for seu modo de verificação, nem o total espectro de opiniões existente na sociedade sobre o tema de que se trata, se é que tal espectro pode se apresentar de modo coerente, nem sequer é a opinião do conjunto de pessoas que controlam os conteúdos dos meios de comunicação, pois deve-se delimitar a referência aos meios mais relevantes. Por outra parte, tampouco se deve exigir que a opinião pública, assim definida, seja uniforme ou unânime, mas deve sim representar maiorias inequívocas ou tendências significativas” (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 30-31).

a solução de problemas e conflitos, mas porque determinados problemas alcançam tamanho grau de interesse e alarme social no público que esse é o recurso utilizado pelos políticos para a obtenção do consenso que buscam na chamada “opinião pública” (BARATTA, 1994).

## 2. A MÍDIA E A POLÍTICA

Destacada a utilização do Direito Penal para fim único ou predominantemente simbólico, é necessário reorientar a atenção para o processo legislativo, desde os mecanismos formadores da “demanda social” – que impõe ao legislador uma necessidade de agir – até a “avaliação social da lei” – isto é, aquilo que ela logrou realizar (PAIVA, 2009).

O processo legislativo será dividido em três fases: a pré-legislativa, a legislativa e a pós-legislativa.<sup>10</sup> O objetivo é tornar possível a compreensão dos “atores sociais” que participam em cada fase do processo legislativo, desde as discussões pelas quais eles promovem a inclusão de uma determinada temática ou aceção na agenda política até a avaliação dos efeitos da lei. Dessa forma, será possível constatar as falhas discursivas e os condicionamentos que produzem distorções relevantes (DIEZ-RIPOLLÉS, 2005).

A “fase pré-legislativa” tem início com a problematização social diante da falta de relação entre a realidade social e a respectiva resposta jurídica e termina com a apresentação de um projeto de lei. A “fase legislativa”, por sua vez, começa com a recepção da proposta de lei e termina com a aprovação e publicação da lei. A “fase pós-legislativa” vai da publicação da lei até o questionamento da pertinência e eficácia da lei pela sociedade, adotando-se como parâmetro a realidade para a qual se pretendia legislar (DIEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 18-20).

### 2.1 A fase pré-legislativa

Essa fase consiste em um “processo sociológico complexo” desencadeado quando os agentes sociais tornam crível a existência de uma “disfunção social”, que, portanto, exige resposta penal. A disfunção social nada mais é que a falta de relação entre uma determinada situação social e a resposta ou a falta de resposta que a ela dá o Direito Penal (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 21).

O “agente social” é aquele capaz de tornar pública a sua percepção quanto à existência de uma “disfunção social”, geralmente sob a forma de uma reivindicação

10. Adotaremos o modelo de Diez-Ripollés (2002) criado para seu estudo da racionalidade das leis penais, com inspiração naquele proposto por Atienza (1989).

(*claim*), e promover uma discussão a respeito em âmbitos comunicacionais relevantes na sociedade. É ainda aquele capaz de “garantir, com sua credibilidade pessoal ou com a exposição de suas razões, a pertinência da disfunção social alegada” (PAIVA, 2009, p. 84-86).

Para Díez-Ripollés (2005, p. 21-22) os agentes sociais podem ser institucionalizados (governo, partidos políticos, sindicatos...), ou organizados não institucionalizados (associações de proteção ao meio ambiente, de religiosas, de pacifistas, de feministas, de vítimas...), ou pessoas isoladas (ensaístas, cientistas, vítimas proeminentes...), ou os meios de comunicação.

Por outro lado, os agentes sociais são tidos por Zaffaroni e Nilo Batista como “empresários morais” sem os quais novas leis penais não seriam elaboradas pelas agências políticas. Podem ser empresários morais um “comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica direitos das minorias, etc...”. É preciso ressaltar a relevância da atuação dos empresários morais nessa fase de elaboração da lei penal (criminalização primária) para o processo seletivo do Sistema Penal. Não se pode olvidar que também desempenham seu papel de seleção quando da aplicação da lei penal (criminalização secundária), momento em que o poder punitivo atua sobre pessoas concretas (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 44-45).

Zaffaroni e Batista alertam que a empresa moral promove a “reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas, etc...”. No entanto, tal reivindicação não é resolvida com a respectiva punição, mas com a adoção de medidas punitivas de caráter urgente que mitigam as reclamações e/ou as retiram do foco comunicativo com o decurso do tempo (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 45). Mas isso será tratado mais adiante e com foco no “agente social” mídia. Por ora a intenção é apenas apresentar, em linhas gerais, como surge um “problema social” que demanda uma resposta penal e elencar os “agentes sociais” que contribuem para tanto.

A “disfunção social” pode ser real ou aparente. Os “agentes sociais” ativadores do processo podem ou não ter consciência do que ela é, mas também é possível que os agentes atuem exatamente para fazer parecer real uma disfunção aparente. E essa última opção é bastante freqüente na prática e, por isso, não pode ser ignorada. Trata-se de representações da realidade social que não são verificáveis empiricamente (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 22).

Para que uma “disfunção social” seja incluída na pauta de discussão pública, além de sua percepção, é preciso que o assunto desperte “atenção social” (PAIVA,



2009). E isso ocorre quando não se trata de assuntos “irresolúveis”, “remotos” ou “incompreensíveis”, mas daqueles dotados de elementos dramáticos, como ocorre com a criminalidade ou, pelo menos, com determinados tipos de crime, como aqueles violentos, geradores de preocupação social imediata, em razão da clara oposição aos princípios básicos da convivência. Além disso, esses crimes estão no foco dos meios de comunicação justamente pelo interesse que despertam. Chamam à atenção ainda os assuntos relacionados à experiência direta da maioria, em oposição às matérias de ordem técnica. Assim, um crime tributário não possui a repercussão que tem um crime violento (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

À inclusão da “disfunção social” na agenda temática social deve suceder a disseminação dessa disfunção ao conhecimento geral da sociedade, acompanhada por uma certa “estabilização cognitiva”, isto é, uma persistência da temática na agenda e o envolvimento emocional da população.<sup>11</sup> Com isso, fica assentada uma insatisfação generalizada em relação à ausência, presença ou modo da intervenção penal, o que é potencializado com o medo em relação ao delito (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

Quando a disfunção é amplamente visível e está assentado o mal estar dela decorrente, ela ganha autonomia e se concretiza para tornar-se um “problema social”. E uma vez evidenciado o problema, surge a “demanda social”, sempre por uma lei penal (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2003). A “fase pré-legislativa” termina com absorção dessa demanda pela burocracia legislativa (PAIVA, 2009).

A mídia atua em todos os momentos: na constatação da disfunção, na sua inclusão na pauta de discussão social, na estabilização cognitiva da disfunção, bem como no envolvimento emocional da população e ainda na visibilidade da disfunção, necessária para sua elevação a um “problema social”. É ainda notória a participação da mídia na conformação da opinião pública e na transformação de um estado de opinião num programa de ação.

## 2.2 O agente social mídia

Muito embora a mídia não seja a única promotora do medo, da produção legislativa penal e da aplicação da lei penal, seu papel é de extrema relevância (SCHNEIDER, 1988). E aqui importa sua função na produção legislativa penal de cunho punitivista.

11. Conforme explica Díez-Ripollés, no envolvimento emocional da população influem diversas variáveis sociais, que foram tratadas pela Criminologia, genericamente, como “medo ante delito”.

Para Zaffaroni, é evidente a importância da atuação dos meios de comunicação, especialmente da televisão, no exercício de poder de todo o Sistema Penal. Os meios de comunicação são como o “aparelho de propaganda do Sistema Penal”. Ele observa como esse aparelho propagandístico lança uma campanha “lei e ordem”, propaga o medo na população e pressiona as agências políticas e judiciais. Em nível nacional, os meios de comunicação geram a ilusão de eficácia do sistema penal e nos fazem acreditar que o perigo se restringe às “ameaças de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão” (2001, p. 128-129).

O discurso legitimador do Direito Penal veiculado na mídia tem promovido a crença na pena como solução de todos os conflitos, e o fundamento da legitimação pode ser qualquer um, porque não se debate a respeito. Sequer é considerado o fracasso da pena historicamente revelado. Trata-se do que ele denomina de “dogma da pena”. Há ainda, porém, o “dogma da criminalização provedora”, a crença de que a criminalização é capaz de resolver os problemas, como se ela pudesse influenciar a alma humana para fazê-la praticar determinadas condutas e abster-se de outras (BATISTA, 2003).

E não importa que a criminalização seja uma resposta inócua de efeitos meramente simbólicos. Porque ela é “mais do que um ato de governo do príncipe no estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou” (BATISTA, 2003, p. 246).

Certo é que a mídia, ao promover a divulgação da criminalidade como quer e, principalmente, com a gravidade que deseja, gera reações sociais – organizadas ou não – que serão canalizadas em menor ou maior medida para uma insatisfação com a ineficiência estatal no domínio do problema da segurança pública. Dessa forma, a mídia impõe mudanças na própria atuação do governante, dos parlamentares e/ou do parlamento como todo. Até porque eles têm a popularidade política diretamente afetada conforme são divulgados os crimes na mídia. Assim, o retrato da criminalidade dado pela mídia gera medidas políticas “populistas”, tomadas para “privilegiar a opinião pública em detrimento dos especialistas da justiça criminal” (GARLAND, 2008, p. 316).

Na América Latina os meios de comunicação propagam justificações ao exercício do poder penal, promovem a ilusão da eficácia do Sistema Penal e ainda interferem no processo social, na medida em que desencadeia reações sociais em razão das notícias que veicula (CERVINI, 1994). Tratado em linhas gerais o discurso legitimador que a mídia reproduz, é preciso estudar o seu ativismo na geração de reações sociais que podem culminar na elaboração de leis penais rígidas.

### **2.2.1 A constatação de uma disfunção social, sua inclusão na pauta de discussão social e a persistência da disfunção.**

Para melhor entender a força da mídia na determinação do que é a realidade da criminalidade, é de grande valia notar que, nas sociedades do passado, o conhecimento dos homens acerca da realidade dependia das relações que eles mantinham diretamente com o meio; porém, nas sociedades atuais, a idéia que o indivíduo tem da realidade é cada vez mais produto “de uma transformação informativa dos meios de comunicação”(COHEN-SEAT; FOUGEYROLLAS, 1967, p. 10).

Dessa forma, os fatos tratados na mídia podem até existir anteriormente ao relato, mas eles não teriam qualquer significado para o indivíduo antes de serem por ela relatados (CERVINI, 1994, p. 44). Assim, certo é que a grande maioria que não vivenciou o crime pessoalmente percebe a realidade da criminalidade por meio da divulgação dada pela mídia.

E quando a mídia atua na divulgação de determinado caso, ela é capaz de fazer dele o representativo de uma insegurança incompatível com a realidade, contribuindo para o incremento da sensação de insegurança (insegurança subjetiva). Desencadeia-se, na verdade, um ciclo vicioso. Uma vez instigada a sensação de insegurança com a exposição de determinado fato pela mídia, aumenta o interesse da sociedade acerca do tema. Esse interesse contribui para que a mídia se debruce sobre a temática e persista na difusão de casos-símbolos, gerando mais interesse por parte da população. Nesse ciclo, a insegurança subjetiva torna-se de tal monta que: 1) fica difícil aferir se ela coincide com a insegurança objetiva ou ao menos dela se aproxima; 2) a população e mesmo as instituições organizadas se investem no papel de agentes sociais e, assim, a “demanda social” originariamente advinda da mídia passa a ser comungada pela população e seus diversos segmentos (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

Some-se a isso, a capacidade midiática de selecionar outros casos, até então desconhecidos, reproduzi-los e ligá-los ao primeiro, promovendo uma conexão ainda não perceptível. A mídia ainda é capaz de destacar os danos provenientes do fato anunciado, bem como a necessidade de implementar determinadas medidas de ordem legislativo-penal para a solução do problema. Ao final desse processo, o resultado é a conformação da opinião pública pela mídia. E a opinião pública não é a opinião de toda a sociedade, tampouco de sua maioria, mas é a opinião de um grupo qualificado, dotado de capacidade para influir ou determinar o conteúdo e o modo de veiculação desse conteúdo na mídia (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

### **2.2.2. A ativação das burocracias**

É no momento em que um “estado de opinião” transforma-se em um “programa de ação” que se fala em “ativação das burocracias”. Trata-se do aprofundamento da discussão do “problema social” para oferecimento de propostas para sua solução, que, no âmbito do Direito Penal Simbólico, é sempre a elaboração de uma lei penal de caráter rígido (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

É certo que aquela opinião antecipa as propostas políticas que sobrevirão. No entanto, os programas de ação são geralmente formulados por “grupos de pressão especializados”, que tomam o problema arraigado na opinião pública e passam a estudá-lo segundo seus conhecimentos de especialistas. Esses grupos analisariam as alternativas para a solução do problema e, ao final, elaborariam propostas exequíveis, sejam elas legislativas ou não. Ademais, tais grupos, no melhor dos casos, se preocupam com a realização de uma análise das conseqüências derivadas das medidas eleitas (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

Ocorre que os grupos especializados têm perdido cada vez mais espaço para os grupos de pressão da mídia e para grupos de vítimas e afetados no estabelecimento de programas de ação, que virão a ser incorporados pelas burocracias. É possível também que ambos os grupos atuem conjuntamente. Cabe destacar nesse momento que o ativismo das vítimas e de seus familiares deve muito à mídia e sua capacidade de fazer com que a sociedade compartilhe do sofrimento por eles experimentado.

Segundo Garland, uma das características do recente controle penal é o lugar privilegiado onde a imagem da vítima é colocada nos circuitos políticos e midiáticos. Os sentimentos dela e de seus familiares são como fonte de legitimidade dos programas de ação, do projeto de lei e da própria lei quando promulgada (GARLAND, 2008).

Pelo exposto, verifica-se que a recente<sup>12</sup> política legislativa penal é marcada pela perda progressiva da intervenção de grupos especializados para grupos de pressão da mídia, que têm assumido posição hegemônica para influir no surgimento de uma disfunção e na promoção dessa disfunção a problema social. A hegemonia da mídia ainda está em sua capacidade para mover um programa de ação dirigido explicitamente à solução do problema. O resultado desse protagonismo midiático é a redução expressiva de reflexão em torno da necessidade da intervenção penal

12. Das últimas duas décadas do século XX até a presente data (GARLAND, 2008, p. 315 e ANITUA, 2007, p. 816 e ss.)

e de sua capacidade para solucionar ou minimizar o problema (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2003). Decai a reflexão de ordem jurídica, criminológica e político-criminal.

Segundo Raul Cervini, na América Latina, muito frequentemente, os meios de comunicação criam o ambiente propício, bem como geram e fortalecem o estado subjetivo de insegurança, propiciando o surgimento de uma solução punitiva ou precipitando a aprovação de reformas legislativas de caráter cada vez mais repressivo (1994, p. 47).

### 3. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A legislação brasileira parece pautar-se cada vez mais numa função simbólica, notoriamente após a década de 1990. Nesse contexto, a Lei de Crimes Hediondos é exemplo paradigmático. A Lei 8.072/90 definiu como hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte e genocídio, tentados ou consumados; aumentou-lhes as penas mínimas antes cominadas, vedou a concessão de liberdade provisória, anistia, graça e indulto e vedou o recurso em liberdade. Após, vieram ainda as Leis 8.930/94, 9.677/98 e 9.695/98 para estender o rol dos crimes hediondos.

#### 3.1. As fases pré-legislativa e legislativa da Lei 8.072/90

Já no momento da Assembléia Constituinte de 1988 a criminalidade era consensualmente entendida como “problema social”. Surgiu inclusive proposta para que se estabelecesse pena de morte na Constituição como solução ao “problema da violência”, mas ela não foi incluída no texto constitucional. No entanto, o afã repressivo do constituinte teve lugar nos incisos XLII, XLIII, XLIV do art. 5º da Constituição da República de 1988. O penúltimo inciso previu que seriam considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia os crimes definidos como hediondos e equiparados.

No final da década de 1980 já havia uma “disfunção social” vinculada à extorsão mediante seqüestro, que estava na pauta de discussão pública. É o que demonstra a reportagem de capa da *Veja*, revista semanal de maior circulação no país<sup>13</sup>: “*Seqüestros: o medo chega às famílias*”. Segundo a reportagem, a inflação,

13. Com base em dados de abril de 1987 foi estimado que a revista *Veja* tivesse cerca de 2,8 milhões de leitores, quatro por exemplar numa tiragem de 700.000 exemplares por semana (CONTI, 1999, p. 65).

a corrupção e as dificuldades do presidente Sarney para contornar a situação financeira do país não deviam preocupar o brasileiro tanto quanto o “seqüestro”,<sup>14</sup> que seria “fenômeno bem mais grave e urgente, que tira a paz das famílias, humilha as autoridades e representa um risco imediato de vida para um número cada vez maior de pessoas”.<sup>15</sup>

Conforme esclarece Paiva, nesse momento não são constatadas reivindicações pelo recrudescimento de penas, mas seus defensores já tinham lugar na mídia. Assim é que autoridades políticas centraram o problema na lei penal. O secretário de segurança pública do estado de São Paulo, Luiz Antonio Fleury Filho, sustenta na reportagem que “seria necessário adotar penas mais duras” e que “uma das medidas adotadas poderia ser a pena de morte para crimes de seqüestro seguido de morte”. Além dele, o ministro da justiça Saulo Ramos disse que “a liberdade da lei acaba transformando o seqüestro num bom negócio” (PAIVA, 2009, p. 98-99).

Com o seqüestro do empresário Abílio Diniz, em 11 de dezembro de 1989, aumentaram os reclames por uma reforma penal que agravasse as penas de crimes violentos (FRANCO, 2011, p. 159). Posteriormente, em 05 de junho de 1990, foi seqüestrado Roberto Medina. A temática ganhou duas capas da revista *Veja*: “*A praga dos seqüestros: bandidos, policiais, políticos e advogados se misturam para terminar o maior sequestro do Rio de Janeiro – a cidade em que o crime cada vez mais dá as cartas*”<sup>16</sup> e “*O pesadelo de uma bela cidade – marcado pelos seqüestros, o Rio tem uma população empobrecida e uma economia anestesiada*”.<sup>17</sup>

A repercussão que esses casos tiveram na mídia (televisiva e escrita, principalmente) levou a disfunção ao conhecimento geral da sociedade e permitiu a persistência do problema na pauta de discussão social, bem como o envolvimento emocional da população.

As pessoas se identificavam com o sofrimento das vítimas graças à maneira como a mídia veiculava as notícias a respeito dos casos, relacionando-os ao medo das famílias. Com isso, a sociedade se convenciu da gravidade do problema dos seqüestros, enquanto as pessoas se colocavam como possíveis vítimas, mesmo

14. O termo seqüestro é frequentemente utilizado pela mídia quando refere ao crime de extorsão mediante seqüestro do art. 159 do Código Penal, muito embora o seqüestro seja uma figura típica distinta prevista no art. 148 do Código Penal.

15. Revista *Veja*, edição 1093, 23 de agosto de 1989.

16. Revista *Veja*, edição 1136, 27 de junho de 1990.

17. Revista *Veja*, edição 1139, 18 de julho de 1990. Sobreveio ainda outra capa da *Veja* tratando do tema: “*Seqüestros: os bandidos agora atacam a classe média*”, edição, 24 de julho de 1991.

aquelas com probabilidade irrisória de serem vitimadas conforme as estatísticas (PAIVA, 2009, p.100-101).

A persistência da temática na mídia e o envolvimento emocional da população são fatores que se retroalimentam e, por conseguinte, fortalecem o problema ao ponto de surgir uma *demand social* pelo recrudescimento do tratamento penal até então deferido ao crime de extorsão mediante seqüestro.

Impende questionar a esse ponto se a *disfunção social* era real ou aparente, ou seja, é preciso perquirir se realmente faltava a devida resposta penal à situação social em análise, ou seja, ao crime de extorsão mediante seqüestro.

Não é todo fato criminoso noticiado que fomenta a constatação de uma *disfunção social*. Também não é toda disfunção que se eleva ao status de *problema social*. Nas décadas de 1980 e 1990 notou-se o aumento na ocorrência de vários delitos<sup>18</sup>, todavia, a tutela penal não foi entendida como insatisfatória quanto a cada um deles. A rigor, o aumento das taxas poderia ter sido considerado ao menos como indicador de *disfunções sociais*. No entanto, cada uma dessas possíveis disfunções permaneceram ocultas porque elas não foram incluídas na agenda temática social, em razão do que não houve a visibilidade social e o envolvimento emocional da população necessários para elevar tais disfunções ao nível de *problemas sociais*.

Analisando as estatísticas apontadas pela revista Veja em 23 de agosto de 1989, conclui-se que, entre 1989 e 1990, a probabilidade de que um paulistano fosse vítima de extorsão mediante seqüestro era 775 vezes menor do que de homicídio doloso, mas este crime não motivou qualquer reportagem na revista. Uma das razões para isso certamente está no fato de que o elevado índice de homicídios circunscreve os bairros mais pobres da capital paulista. É notório que “o perfil do paulistano assassinado não é o mesmo do paulistano seqüestrado” (PAIVA, 2009, p. 105-106).

A esse ponto fica ressaltada a importância da “opinião pública” nessa *fase pré-legislativa*. Porque a “opinião pública” não coincide com opinião de toda a sociedade ou da maioria, ela pertence a um grupo qualificado de pessoas, aquelas capazes de determinar os conteúdos dos meios formadores de opinião e a forma de propagação desses conteúdos (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

É válido lembrar que o próprio medo do crime de extorsão mediante seqüestro foi conformado pela mídia. A “construção social da notícia, mediatizada pelo

18. Um bom exemplo é o incremento dos índices de homicídio.

poder econômico e político, vai gerando atitudes e valores, isto é, elementos de juízo, para que se crie um sentimento de insegurança que é absolutamente seletivo”. Com isso, é estabelecido o que se deve temer, ocultando-se outras condutas igualmente danosas, mas que não causam medo (DE CASTRO, 2005, p. 215).

Assim, é forçoso concluir que o *problema social* estava no campo da percepção. No entanto, em maior ou menor medida, assim sempre será. Conforme demonstrado anteriormente, nessa fase *pré-legislativa*, a atuação dos *grupos de pressão da mídia* e a conformação de uma *opinião pública* tendem a apontar para um *problema social* conforme seus interesses – de forma consciente ou não. Dessa forma, desvia-se da realidade como ela é, pois tais agentes se sustentam numa *representação social da realidade*.

Os grupos de pressão da mídia encontraram “apoio especializado às demandas sociais pelo endurecimento penal, pois sobreveio um *programa de ação* proposto por um grupo especializado”, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao ministro da justiça (PAIVA, 2009, p.109-110), que elaborou o Projeto de Lei nº 3.734/1989.

O projeto deixa clara a sua pretensão de que conteria a criminalidade violenta com o maior rigor penal.

[...]Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante seqüestro etc. vêm intranqüilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade. [...] O projeto pretende, com as inovações que introduz na legislação ordinária, proteger a sociedade, tutelando os bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, para tanto reforçando o jus puniendi do Estado e municiando a autoridade de instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta. Diante de tais considerações, é viável se afirmar que a lei ora projetada se constitui medida de grande alcance para a prevenção e repressão da criminalidade. [...] (BRASIL, 1989, p. 10.605-10.607).

O projeto propunha a classificação dos crimes hediondos em duas “faixas”. Numa estariam os crimes eleitos pelo legislador, “como o latrocínio, a extorsão qualificada pela morte, a extorsão mediante seqüestro seguida de morte etc.”, porque eles mereciam uma reação penal mais severa do Estado em razão da pena abstrata a eles cominada ou pela natureza do fato. Ressalte-se que tais crimes tiveram a estrutura típica totalmente preservada. Numa segunda “faixa”, foram inseridos “os delitos que, cometidos com violência física à pessoa, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, provoquem intensa repulsa”. Aos condenados por crimes hediondos estariam vedados a concessão de anistia e de graça, o regime progressivo de cumprimento de pena e a fiança. Ademais, o projeto



acrescia às restrições constitucionais, a vedação de indulto, liberdade provisória e recurso em liberdade.

Quando o Projeto de Lei nº 3.754/1989 foi apresentado ao Congresso Nacional, ali já tramitavam outros sobre a mesma matéria: 1) Projeto de Lei nº 2.105/89, que agrava as penas do roubo, do seqüestro e do estupro seguido de morte e exclui dos condenados qualquer tipo de direito na fase de execução da pena; 2) Projeto de Lei nº 2.154/89, que impunha regras rigorosas em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dentre elas a obrigatoriedade de prisão preventiva, o recurso obrigatório pelo ministério público das sentenças absolutórias; 3) Projeto de Lei nº 2.529/89, que previa a duplicação da pena dos delitos por ela arrolados como hediondos, que são as violências praticadas contra menores impúberes, os executados com evidente perversidade, o estupro, o seqüestro se atingida a incolumidade do refém, o genocídio, o assalto com homicídio ou periclitacão de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

Depois surgiram ainda outras propostas. O Projeto de Lei nº 3.875 de 1989, que estabelecia pena mínima de vinte e máxima de trinta anos para diversos delitos e “os crimes que provoquem intensa repulsa”. Além daquele, havia também o Projeto de Lei nº 5.270, que elevava as penas do crime de extorsão mediante seqüestro com a justificativa de que

a crescente incidência do sequestro no Rio de Janeiro e, praticamente, em todo o Brasil, transformando-o em indústria altamente lucrativa, à custa do sofrimento das famílias das vítimas e dos amigos e no pânico que se generaliza na sociedade, exige providências legais imediatas e uma pronta ação no Congresso Nacional (BRASIL, 1990a, p. 7.045).

E ainda havia o Projeto de Lei nº 5.281/90, que estabelecia regime integralmente fechado e vedava o livramento condicional aos condenados por extorsão mediante seqüestro, cuja exposição de motivos deixava claro a “necessidade de agir” que se impunha aos parlamentares.<sup>19</sup>

A crescente incidência do sequestro no Rio de Janeiro, criando uma indústria altamente lucrativa, obriga a uma tomada de posição do Congresso Nacional, visando coibi-lo. Somente a lei mais rígida poderá intimidar a sua prática, razão pela qual a nossa proposição de que o seqüestro, em qualquer de suas hipóteses, deve ser punido, sempre com reclusão em regime fechado (BRASIL, 1990b, p. 7.297).

Os projetos deram origem ao Projeto Substitutivo nº 5.405/90, cuja elaboração ficou a cargo do deputado Roberto Jefferson, relator na Comissão de Constituição,

19. O termo “necessidade de agir” é utilizado por Hassemer (2008) para expressar o compromisso do legislador com a satisfação das demandas sociais.

Justiça e Redação. O projeto substitutivo foi aprovado pela Câmara e pelo Senado em razão de acordo firmado entre todos os líderes dos partidos políticos, sem nenhuma discussão mais aprofundada. Por fim, o projeto foi submetido ao presidente, que o promulgou, com dois vetos, dando origem à Lei 8.072/90.

As discussões travadas pelos parlamentares revelam a elaboração da lei era resposta à demanda dos meios de comunicação e da opinião pública por um tratamento penal mais severo que pusesse fim à criminalidade.

A urgência da temática ficou evidente quando o Projeto Substitutivo nº 5.405/90 foi votado à frente de outro relativo à política salarial. Diante das interpelações de dois deputados sobre a relevância da questão salarial, o presidente em resposta afirmou que a Mesa estava colocando em votação as matérias em “regime de urgência urgentíssima” e que votariam primeiramente “uma lei contra o crime organizado, contra o seqüestro, com pouca discussão”.

A pressão a que o Congresso estava submetido era evidente. O deputado Érico Pegoraro (PFL/RS) requereu ao presidente que lhe desse a oportunidade de ler o projeto substitutivo. O presidente em resposta indagou-lhe: “Então, V. Exa assume a responsabilidade de pedir o adiamento da sessão?”. No entanto, não havia coragem para tanto, em razão do que se seguiu a proposição do deputado Plínio Arruda Sampaio de que votassem a matéria dentro de uma hora.

Todos sabemos da responsabilidade que temos perante a opinião pública de votar rapidamente uma lei que agrave a punição dos crimes de seqüestro para extorsão de dinheiro. [...] Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. Se o projeto se limitasse ao crime de sequestro para extorsão de dinheiro, sobre o qual há consenso do Plenário, poderíamos aprová-lo desde já. [...] Será que não haveria possibilidade de votarmos outra matéria antes? Daqui a uma hora, leremos novamente essa matéria com calma e então poderemos votá-la. Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob ameaça de hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir o adiamento da votação. (BRASIL, 1990c, p.8231)

Foi nesse clima emocional que foi gestada a Lei 8.072/90. A compreensão desse cenário de pressão exercida pela mídia permite entender como foi possível a promulgação de uma lei rica em inconstitucionalidades, impropriedades, contradições e conceitos penais levianos (FRANCO, 2011, p. 162).

A Lei 8.072/1990 considerou hediondos os seguintes crimes, tentados ou consumados: latrocínio (art.157, § 3º, CP), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º, do CP), extorsão mediante seqüestro simples e na forma qualificada (art. 159, caput, §§ 1º e 2º), estupro (art. 213, caput, CP), atentado violento ao pudor

(art. 214), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º, CP), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 combinado com art. 285, ambos do CP), bem como o crime de genocídio (Decreto-Lei nº 2.848/1940).

A lei elevou consideravelmente as penas cominadas a esses delitos, com exceção do crime de genocídio. Vedou a concessão de anistia, graça e fiança, tal qual dispunha o texto constitucional. E foi além. Vedou também a concessão de indulto, liberdade provisória e determinou regime de cumprimento de pena integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. Ademais, estabeleceu a necessidade de cumprimento de dois terços da pena para obtenção do livramento condicional, elevou o prazo da prisão temporária para trinta dias, prorrogável por igual período.

### 3.2. As leis expansivas do rol de crimes hediondos

O assassinato de crianças e adolescentes de rua, que moravam sob a marquise da Igreja da Candelária, e de moradores da favela do Vigário Geral<sup>20</sup> motivou a iniciativa do Executivo que, por meio do Ministro da Justiça, ofereceu o Projeto de Lei nº 4.146/1993 para incluir a prática de homicídio em atividade típica de grupos de extermínio, ainda que cometida só por um agente, no rol dos crimes hediondos disposto na Lei 8.072/90.

O então ministro da justiça Maurício Corrêa justificou a proposta na necessidade de “coibir a violência nos grandes centros urbanos, em especial a atividade de grupos de extermínio”, e no decorrer de suas justificações fez clara alusão aos referidos episódios violentos, que tiveram repercussão internacional.

Somou-se a isso, o assassinato da atriz Daniela Perez de grande repercussão na mídia.<sup>21</sup> A mãe da vítima, a novelista da Rede Globo Glória Perez, promoveu campanha para inclusão do crime de homicídio no rol dos crimes hediondos, com a qual angariou um milhão e trezentas mil assinaturas, preenchendo o requisito constitucional para iniciativa popular de lei.<sup>22</sup> O projeto foi recolocado em pauta

20. O massacre da Candelária ganhou reportagem de capa da *Veja* em 28.07.1993, na edição de nº 1298, intitulada: “*O massacre dos Meninos*”. A chacina no Vigário Geral também foi capa da revista, em 08.09.1993: “*A força dos assassinos: o fim da fronteira entre policiais e bandidos*”.

21. O crime motivou quatro reportagens de capa na revista *Veja*. A primeira em 06.01.1993: “*O assassinato da atriz Daniela Perez*”; em 13.01.1993: “*O pacto de sangue*”; em 10.02.1993: “*A dor e a ira de uma mãe*” e em 28.08.1996: “*O show: como será o maior dos julgamentos das últimas décadas*”.

22. CR/88, art. 61, § 2º: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

e aprovado em votação simbólica e, uma vez enviado ao Presidente da República, foi aprovado, surgindo a Lei nº 8.930, em 06 de setembro de 1994.

Alguns anos depois, mais um casuísmo determinou a expansão do subsistema punitivo repressivo dos crimes hediondos, através da aprovação da Lei 9.677 de 1998. Mais uma vez o legislador não soube resistir aos grupos de pressão da mídia e à opinião pública e respondeu ao sentimento de repulsa popular com outra lei penal repressiva, sem o necessário processo de discussão e maturação a respeito da temática. Trata-se do escândalo da falsificação de remédios que teve grande repercussão na mídia. Os placebos, que se faziam passar por verdadeiros, vitimaram várias pessoas. Cento e oitenta e nove mulheres engravidaram com os falsos contraceptivos, idosos morreram com remédio para câncer também falso. A mídia promoveu, revelou e deu tom dramático ao *problema social*. O sentimento de insegurança tomou conta do país. Então, o Direito Penal foi novamente chamado para dar a solução ao problema. Surge o Projeto de Lei nº 4.207/1998, que propõe incluir no rol de crimes hediondos, o crime de corrupção, adulteração e falsificação de substância alimentícia ou medicinal, expondo a venda, na forma qualificada.

Elaborada no seio da comoção social, motivada pela urgência em dar resposta à “opinião pública”, a lei foi publicada com equívocos tão grosseiros que cerca de um ano depois foi promulgada outra lei para retificá-la. É que quando publicada a Lei 9.677/1998, em 02 de julho de 1998, muito embora a ementa previsse a classificação dos delitos nela dispostos como hediondos, o seu texto não o fazia. Assim, sobreveio a Lei 9.695, em 20 de agosto de 1998, que previu como crime hediondo apenas a figura do art. 273 (falsificação, corrupção adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais).

Contudo, a Lei 9.677/1998 veio com suas próprias impropriedades: a inadmissível falta de técnica legislativa, a absurda equiparação da falsificação de medicamentos à de cosméticos e de saneantes, bem como a absurda, desproporcional e inconstitucional cominação de no mínimo dez anos de pena de reclusão para um delito de perigo abstrato (FRANCO, 2011, p. 178).

### **3.3. A fase pós-legislativa: uma avaliação dos efeitos da Lei de Crimes Hediondos**

Conforme demonstrado, a Lei 8.072/90 e as demais leis que estenderam o rol dos crimes hediondos surgiram em razão de casos de repercussão nacional que canalizaram a *demand social* por uma intervenção penal mais incisiva, graças à atuação da mídia. As referidas leis, como já tratado, foram elaboradas e

promulgadas com a clara intenção de enfrentar o crime, partindo-se da premissa de que leis penais severas são a melhor resposta para os *problemas sociais*.

Ficou claro que a elaboração e a promulgação das leis não foram precedidas de estudo ou mesmo discussões mais profundas sobre o *problema social* em destaque e a eficiência das medidas eleitas para a solução do problema. No entanto, é sabido que políticas criminais pressupõem a eleição das medidas mais eficazes para contenção do crime. Assim, de início, o recurso simples à elaboração de uma lei mais severa, sem qualquer consideração científica, é um erro. A ausência de um planejamento prévio e da eleição das “opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime” já indica que os resultados provavelmente não serão satisfatórios (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2008, p.164).

Conforme o estudo realizado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil), a eficácia na implantação de Políticas Públicas depende de planejamento, implementação, monitoramento e avaliação dos resultados obtidos. O estudo aponta que a Política Criminal brasileira orienta-se por “concepções teóricas contraditórias, adotadas sem um planejamento efetivo e com monitoramento – quando existente – descontínuo” e conclui que, em vista dessa falta de unidade e critério, não é possível sequer falar em Política Criminal no Brasil (ILANUD/BRASIL, 2005, p. 7-8).

De fato, se por um lado ficou demonstrado que a Lei de Crimes Hediondos foi destinada a atender a opinião pública no seu anseio por uma medida que coibisse a criminalidade, por outro, não há uma avaliação institucionalizada acerca dos resultados obtidos com a lei.

No Brasil ainda não há um sistema unificado de dados estatísticos. A produção desses dados é promovida atualmente por cada estado federado à sua maneira e à sua frequência. No entanto, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), ligada ao Ministério da Justiça, tem reunido esforços para a implementação do Sistema Nacional de Estatística Criminal, mas ele ainda não é realidade (BRASIL, 2011).

É preciso ressaltar que não se descuida dos problemas – ou, às vezes, impossibilidades – que envolvem aferir a realidade social por meio de estatísticas. As estatísticas criminais não retratam fielmente a realidade, mas são, porém, a única possibilidade empírica para avaliação da criminalidade. Assim, é preciso um esforço para a unificação de dados e a criação de um sistema nacional, mas também são imprescindíveis estudos que ressaltem as limitações dos dados apresentados, para que a divulgação deles seja honesta e cientificamente orientada.

Segundo Alberto Silva Franco, a carência de dados estatísticos confiáveis confirma a impressão inicial de que a legislação penal possui mais um sentido simbólico do que um propósito de tutela bens jurídicos (FRANCO, 2011, p. 807). Ele ainda conclui que “a Lei de Crimes Hediondos não contribuiu em nada para a modificação do quadro numérico dos delitos catalogados como hediondos ou assemelhados”. A base para tal afirmação foram os levantamentos da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, que produz dados de maneira mais sistemática e confiável se comparada a outros estados da federação. O levantamento realizado entre os anos de 1991 e 2003 não apontou redução significativa nas taxas delitivas dos crimes taxados como hediondos e, no entanto, verificou-se aumento nos índices relativos aos crimes de homicídio; roubo seguido de morte; extorsão mediante seqüestro; extorsão; estupro; atentado violento ao pudor e tráfico de entorpecentes<sup>23</sup>. Quando comparados os dados desse período aos anos que precederam a publicação da lei, ou seja, à década de 1990, observa-se uma estabilidade das taxas, segundo o Anuário Estatístico de São Paulo<sup>24</sup>.

O ILANUD elaborou em 2005, a pedido do Ministério da Justiça, um relatório de pesquisa em que procede a “avaliação dos impactos gerados pela Lei 8.072/90, conhecida como Lei de Crimes Hediondos, nos índices oficiais de criminalidade e no sistema prisional e, conseqüentemente, na aferição de sua eficácia” (ILANUD/BRASIL, 2005).

A pesquisa concluiu que “não se verifica, na maioria dos crimes, redução nos índices após a edição da lei, o que por si já indica sua inocuidade”. Quanto ao impacto sobre o sistema prisional, a conclusão foi de que a lei “concorreu para o agravamento de um problema bastante sério – a superpopulação prisional” (ILANUD/BRASIL, 2005).

Mesmo diante de todos os problemas de ordem metodológica envolvidos, acreditamos ser forçoso reconhecer que não é possível afirmar com certeza a utilidade da lei para redução dos crimes. Conforme bem lembrou Paiva, é possível o prognóstico de que os impactos da lei não foram satisfatórios, principalmente em razão do “apelo dessa lei à premissa tida como inquestionável – o aumento do rigor da pena é a melhor forma de combater o crime” (PAIVA, 2009, p. 144).

É preciso concordar com Alberto Silva Franco quanto à inocuidade do recurso a leis penais repressivas para equacionar o problema da criminalidade, diante do

23. Os dados são tratados de forma mais abrangente na obra de Franco (2011, p.808-817) e estão disponíveis no site: [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/trimestrais.aspx](http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/trimestrais.aspx).

24. Anuário estatístico de São Paulo. São Paulo. Seade, 1992. Os dados também se encontram na obra de Franco (2011, p. 813).

quadro social brasileiro que está a exigir efetiva intervenção do Estado na realidade social mediante políticas públicas de conotação social (FRANCO, 2011, p.818).

Ademais, cabe ressaltar o problema sério que envolve a justificação do castigo pelo caráter dissuasório da pena (prevenção geral negativa). A impossibilidade de demonstrar seu efetivo resultado, ou mesmo sua “ineficácia manifesta”, acaba por permitir que sejam elevadas ainda mais as penas na crença de que elas não estão operando resultados porque não estão em quantidade suficiente para tanto. É o que teria ocorrido nos últimos vinte e cinco anos do século vinte (ANITUA, 2007).

Conforme já tratamos, o recurso a exaltação da prevenção geral negativa era conseqüência do desalento dos penalistas quanto à possibilidade ressocializadora da pena. Ocorre que se esta última não havia funcionado, nada de concreto havia a demonstrar que a primeira funcionaria. Embora a prova empírica de sua ineficácia seja difícil, “as numerosas pesquisas realizadas para medir os efeitos preventivos negativos mostravam, igualmente, que estes eram inexistentes ou, em todo caso, muito secundários” (ANITUA, 2007, p. 798).

Falar na capacidade dissuasória da Lei de Crimes Hediondos envolve ter em vista ainda que tal capacidade somente se refere a determinados crimes que são caracterizados genericamente pela premeditação, como ocorre com a extorsão mediante seqüestro e o tráfico. Os crimes de homicídio são em sua maioria passionais. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são crimes de impulso. O latrocínio também dificilmente ocorre de maneira premeditada, o agente sai para roubar, a morte é, às vezes, conseqüência, mas não é sua intenção primeira. Essas interessantes considerações fizeram parte da pesquisa do ILANUD já mencionada, porém de maneira mais aprofundada (ILANUD/BRASIL, 2005).

Além de não servir comprovadamente à sua intenção dissuasória e de redução da incidência dos crimes nela tratados, a Lei de Crimes Hediondos ainda não foi capaz de atender definitivamente à demanda social por rigor punitivo, porque essa se renova a cada dia ao alvedrio da *opinião pública*. O que revela o risco constante de recorrer-se mais e mais à edição de leis penais rígidas para a satisfação de uma *necessidade de agir*, que por certo não desaparecerá.

Assim, se o problema do Direito Penal é “conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana” (REALE JR, 1983b, p.81), quanto à Lei de Crimes Hediondos, além de não ser verificável a sua contribuição na tutela da segurança, o desrespeito à pessoa humana foi flagrante. A lei serviu para elevar a taxa de encarceramento, para violar princípios constitucionais de legalidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e individualização de penas, bem

como para “lesar direitos processuais já consagrados em nível constitucional” (FRANCO, 2011, p.814).

Conforme explicou Díez-Ripollés (2002), há que se falar em uma função eminentemente simbólica quando a Lei desrespeita os “princípios da sanção penal”: o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade das penas e, por fim, o princípio teleológico, que enunciaria a necessidade de que a pena cumpra os efeitos a ela atribuídos pela escolha política. Em vista disso, a Lei de Crimes Hediondos não pode ser outra coisa senão uma lei eminentemente simbólica.

### **3.4. A persistência da legislação simbólica**

O cenário político não se alterou de maneira significativa desde a aprovação da Lei de Crimes Hediondos: de 1989 a 2007 foram duzentos e nove medidas legislativas apresentadas no Congresso para criar ou alterá-la (PAIVA, 2009).

Segundo a tese de Laura Frade (2007), entre os anos de 2003 a 2006, houve propostas de lei para tornar hediondos os crimes de: corrupção de menores, contra a administração pública, submissão de menor à prostituição, homicídio doloso contra agente público (mais de uma proposição), eutanásia e interrupção voluntária da gravidez, contratação de serviço clandestino de vigilância, contra homossexuais, trabalho escravo (mais de uma proposição), seqüestro relâmpago, tráfico de mulheres, interceptação de comunicação telefônica, dentre outros. Ela alerta, com razão, para o risco de tudo tornar-se hediondo. A análise por ela feita sobre o que o Congresso Nacional pensava na quinquagésima segunda legislatura, de 2003 a 2007, a permitiu concluir que o combate ao crime não é prioridade e que o tema é tratado de forma casuística (FRADE, 2007, p. 180-181).

O Congresso Nacional, portanto, persiste e possivelmente continuará persistindo na elaboração de leis fiéis à opinião coletiva sobre uma realidade social conflitiva, sem qualquer consideração acerca da eficiência da medida legislativa para a solução do problema.

## **4. CONCLUSÕES**

1. O termo Direito Penal Simbólico dá nome à orientação da produção legislativa penal para atender à opinião pública e aos grupos de pressão da mídia e para desatender, por outro lado, às funções instrumentais que declara objetivar. A lei, na verdade, torna-se a representação da capacidade do *Jus Puniendi Estatal* em proteger os bens jurídicos da sociedade.



2. O Direito Penal Simbólico caracteriza-se pelas discrepâncias entre o que a lei declara objetivar e o que realiza e, ainda, entre a capacidade modificadora da realidade e dos comportamentos humanos que é atribuída ao Direito Penal e a real capacidade dele em fazê-lo. Esta última discrepância gera outra, desta vez entre as decisões políticas e a produção científica penal.

3. A capacidade modificadora atribuída ao Direito Penal é consequência da atuação da mídia, na medida em que ela revela uma disfunção social, a eleva a problema social e, ainda, às vezes, formula programas de ação, quase sempre coincidentes com o enrijecimento do tratamento penal. E é no momento da elaboração desse programa de ação pela mídia, que ela atribui, de forma direta, capacidade modificadora ao Direito Penal. Quando a mídia atribui expressamente ao Direito Penal a capacidade de resolver um problema social, as burocracias políticas incorporam o programa de ação da mídia sem maiores discussões sobre a real adequação das medidas e suas consequências.

4. A Lei de Crimes Hediondos foi elaborada como resposta do legislador à sociedade em razão dos casos que ganharam repercussão nacional graças à atuação da mídia e que, por isso, foram erigidos à categoria de problema social. A resposta legislativa visava demonstrar que eram tomadas medidas capazes de reduzir a criminalidade, quando, na verdade, a escolha das medidas não foi acompanhada de qualquer discussão ou estudo acerca do real alcance delas. A lei fracassou quanto a seu principal objetivo que era reduzir os crimes hediondos por meio de um tratamento penal rigoroso e ainda não foi capaz de atender completamente à opinião pública e aos grupos de pressão da mídia, por outro lado, ela significou ofensa aos princípios teleológico, da proporcionalidade e da humanidade das penas. Assim, a Lei de Crimes Hediondos é eminentemente simbólica.

5. O recurso à edição de leis penais como pronta resposta aos problemas sociais é um fenômeno que deve ser estudado e criticado para que seja contido, sob pena do incremento de leis emergenciais que, embora não contribuam para a solução dos problemas sociais, significam a involução do Estado Democrático de Direito e mácula aos princípios constitucionais penais.

## 5. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1994.
- BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 42, p. 242-263, 2003.
- BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 334-348, 2003.
- BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 3.734 de 27 de setembro de 1989. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 28 set. 1989, p. 10.605-10.607, col. 02.
- BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 14 jun. 1990. 1990 a. p. 7.045.
- BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 20 jun. 1990. 1990 b. p. 7.297
- BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 29 jun. 1990. 1990 c. p. 8.231.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico médio ambiente. *Penas y Estado*. Barcelona, n. 1, p. 101-109, sep./dic. 1991.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. 2010. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas.
- CERVINI, Raúl. Incidencia de la mass media en la expansión del control penal en latinoamerica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 10, n. 37, Jan/Mar, 2002.
- COHEN-SEAT, Gilbert. Cohen-Seat, Gilbert y Fougeyrollas, Pierre. *La influencia del cine y la television*. Edit. Fondo de Cultura Economica, México, 1967, p. 10 y ss.
- CONTI, Mario Sergio. *Notícias do Planalto*. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- DIEZ-RIPOLLES, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- DIEZ-RIPOLLES, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXV, num. 103, enero-abril de 2002, pp.63-97.
- DIEZ-RIPOLLES, Jose Luis. *Um modelo dinâmico de legislação penal*. Disponível na internet em: <http://unifr.ch/derechopenal>, 2001
- FRADE, Laura. *O que o Congresso Nacional Brasileiro pensa sobre a criminalidade*. 2007. 271 f. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, Brasília.

- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GÁRCIA-PABLOS, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GARLAND, Davi. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. Medidas Emergenciais contra a violência no Brasil. *A violência multifacetada: Estudos sobre a violência e a segurança pública*. Coordenação de César Barros Leal e Heitor Piedade Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*. Barcelona, no 1, pp. 23-36, sep./dic. 1991.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- ILANUD/BRASIL. *A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. Revista Ultima Ratio, Rio de Janeiro, 2006, ano 1, n. 0.
- KARAN, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luan, 1991.
- MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MELOSSI, Dario. Ideologia y Derecho Penal: el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? *Pena y Estado*. Barcelona: n. 1, pp. 57-66, sep./dic. 1991.
- NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: Método, 2007.
- PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. *Fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, pp. 39-60, 2004
- RAMIREZ, Juan Bustos. *Los medios de comunicación de masas*. Barcelona: Península, 1983.
- REALE JR, Miguel. Liberdade e Política. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983a e 1983 b.
- REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 763, 1999.
- REALE JR., Miguel. Avanços e retrocessos. *Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992.

- SCHNEIDER, Hans. Crime in the mass media. *Journal: EuroCriminology*, volume: 2, dated: (1988), pages:5-27. Disponível em [www.ilanud.or.cr/A085.pdf](http://www.ilanud.or.cr/A085.pdf).
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal. *Pena y Estado*. Barcelona, ano 1, n. 1, p. 9-22, sep./dic. 1991.
- TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do direito Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# IX

## O ARGUMENTO DAS “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS” ENTRE A BANALIDADE, A REDUNDÂNCIA E O ABSURDO<sup>1</sup>

*Diego Werneck Arguelhes*

Doutorando em direito na Universidade de Yale (EUA). Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO).

*Fernando Leal*

Doutorando em direito na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha). Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO).

**RESUMO:** O discurso das chamadas “capacidades institucionais”, tendo como referência o trabalho de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, tem aparecido com crescente frequência na pauta da comunidade jurídica nacional, chegando inclusive ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, ainda que a referência intelectual expressa seja quase sempre a mesma, falta clareza com relação às possibilidades e características desse tipo de argumento. Qual o terreno comum com base no qual a consistência e a utilidade de um argumento baseado na noção de “capacidades institucionais” podem ser apreciadas? Quais as premissas nas quais esse tipo de raciocínio se sustenta? Nesse cenário intelectual, o objetivo deste artigo é duplo. Primeiro, reconstruiremos um modelo possível e minimamente detalhado do que é um argumento de capacidades institucionais. Em nossa leitura, a chave para se

**ABSTRACT:** The idea of “institutional capacities”, as formulated by Cass Sunstein and Adrian Vermeule, has become increasingly present in debates within Brazilian legal academia, having even reached the Supreme Federal Court. However, even if Sunstein and Vermeule have been employed as the main intellectual reference in these appearances, the possibilities, limitations and basic structure of this kind of argument are still unclear. What is the common ground on the basis of which we can measure the usefulness and consistency of an argument from “institutional capacities”? What are the basic assumptions underlying this kind of argument? In this scenario, this article’s goal is twofold. First, we reconstruct one possible and minimally detailed model of what is an argument from institutional capacities. In our

1. Artigo originalmente publicado na revista *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, janeiro/junho de 2011, pp.6-50. Os autores gostariam de agradecer a Pedro Jimenez Cantisano e a dois pareceristas pelos comentários e críticas a uma versão anterior deste trabalho.

compreender a especificidade e a relevância de um argumento baseado em capacidades institucionais reside na incorporação do que os economistas chamam de “*second-best reasoning*” nos debates sobre a adequação de posturas institucionais e métodos decisórios. O segundo objetivo é identificar algumas variedades de argumentos que, apesar de fazerem referência à expressão “capacidades institucionais” ou às idéias de autores como Sunstein e Vermeule, não se encaixam no modelo reconstruído. Aqui, a idéia de capacidades institucionais acaba sendo empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – um uso *banal*; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de “capacidades institucionais” traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – um uso *redundante*; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – um uso *absurdo*.

**PALAVRAS-CHAVE:** capacidades institucionais, *second-best*, decisão judicial, argumentação jurídica, incerteza

account, the specificity and importance of this kind of argument lie in the adoption of a second-best approach in debates on institutional stances and decision-making procedures. The second goal is to identify a few instances of reasoning that, although presented as arguments from “institutional capacities” in the sense of Sunstein and Vermeule, do not fit in the proposed model. In these arguments, the idea of “institutional capacities” ends up being deployed either as: (a) a resource with extremely low critical power, as it can be easily incorporated (and has usually already been incorporated) by any reasonably sophisticated normative theory – a use we call *banal*; (b) a new label for old doctrinal categories and concepts, making the recourse to the notion of “institutional capacities” useless – a case of *redundant* use; (c) a free-standing pragmatic argument that is completely detached from existing law and, therefore, is incompatible with assumptions and constraints that are basic to legal reasoning – a use we call *absurd*.

**KEYWORDS:** institutional capacities, second-best, judicial decision-making, legal reasoning, uncertainty

**SUMÁRIO:** 1. Apresentação – 2. Objetivos – 3. Por que comparar capacidades de diferentes instituições?: 3.1. Os méritos anunciados das comparações institucionais; 3.2. Os pressupostos fundamentais do argumento: 3.2.1. Pressupostos institucionais estruturais: Funcionalismo e especialização: Compromisso interinstitucional; 3.2.2. Pressupostos epistêmicos; Falibilidade Potencial e Contingência das “Capacidades”; 3.2.3. Pressupostos metodológicos: Consequencialismo; A estratégia do “Second-Best”; Efeitos Dinâmicos e Comparações Institucionais – 4. O argumento em ação: 4.1. Aplicações inadequadas da idéia de capacidades institucionais: 4.1.1. Banalidade; 4.1.2. Redundância; 4.1.3. Absurdo; 4.2. A operacionalização do argumento e seus desafios – 5. Conclusão – 6. Referências

## 1. APRESENTAÇÃO

A expressão “capacidades institucionais” tem sido cada vez mais usada como recurso argumentativo no debate constitucional brasileiro para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre

teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas.<sup>2</sup> Embora os usos da expressão não tenham sido uniformes, é possível identificar dois grandes padrões. De um lado, a referência às “capacidades” de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional. Essas capacidades servem de base para se recomendar ou criticar a adoção de posturas mais ou menos deferentes às decisões de outras instituições e desta ou daquela teoria interpretativa ou concepção sobre como aplicar o direito vigente. Em linhas gerais, a forma típica que o argumento parece assumir nesses casos é a seguinte: uma dada teoria sobre a interpretação que foi empregada por um tribunal (ou teve seu uso defendido por juristas) faz sentido em um mundo ideal. Entretanto, quando transportada para a realidade e generalizada para juízes de carne e osso, ela pode gerar resultados perversos. Portanto, continuaria o argumento, não devemos encorajar os juízes em um determinado arranjo institucional a adotá-la.

De outro lado, há autores que procuram enfatizar de forma mais abrangente a dimensão “institucional” da expressão, analisando como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões. Por meio dessa análise comparativa das capacidades do Judiciário e da(s) instituição(ões) possivelmente afetada(s) por suas decisões,

2. Cf. exemplificativamente Diego Werneck Arguelhes, *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Consequencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. Fernando Leal. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. Luís Fernando Schuartz. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 245, Rio de Janeiro, maio/junho/julho/agosto 2007, pp. 1-41. Daniel Sarmento. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp. 311-322. Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino, Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica”. In: Daniel Sarmento, Cláudio Souza Neto e Gustavo Binenbojm (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2009, pp. 739-760. José Ribas Vieira; Margarida Lacombe Camargo; Alexandre Garrido da Silva O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Revista Versus*, ago. 2009, pp. 1-10. Luis Roberto Barroso. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *Revista Jurídica da Presidência* nr. 96, vol. 12, 2010, pp. 3-41; André Rodrigues Cyrino, Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: Por um Amicus Curiae Regulatório, In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n.20, nov/dez/jan 2009/2010. Texto disponível em <http://www.pdfdownload.org/pdf2html/pdf2html.php?url=http%3A%2F%2Fwww%2Edireitodoestado%2Ecom%2Frevista%2FREDAE%2D22%2DMAIO%2D2010%2DANDRE%2DRODRIGUES%2DCYRINO%2Epdf&images=no>. Acesso em 11/07/2011.

busca-se determinar os limites de atuação legítima das cortes em situações de efetiva ou potencial tensão interinstitucional. Nesses casos, ainda que em linhas muito gerais, pode-se perceber a seguinte estrutura geral do argumento: é certo que o Judiciário pode dar *alguma* resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar. Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas *melhores* do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir. Nesse sentido, encontramos referências às “capacidades institucionais” do Judiciário como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas.<sup>3</sup>

Em todas essas dimensões e contextos de aplicação na literatura nacional recente, porém, sejam elas mais interinstitucionais ou mais intrainstitucionais, há um elemento em comum. É frequente a referência ao texto “Interpretation and Institutions”, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, como matriz básica do argumento baseado em capacidades institucionais.<sup>4</sup> O trabalho desses autores vem sendo enfatizado como fonte de elementos importantes para se estruturar melhor o exercício da discricionariedade judicial, na medida em que prescreve a incorporação de considerações sobre os recursos e limitações de que uma dada instituição dispõe para resolver os problemas que lhe são submetidos. Olhar para as capacidades institucionais de juízes e tribunais aparece, sobre essas bases, como um elemento útil ou até mesmo necessário para se discutir as múltiplas decisões que estes atores precisam tomar sobre a sua própria forma de tomar decisões. A título de exemplo, consideremos o recente recurso à noção de “capacidades institucionais” por parte de um Ministro do Supremo Tribunal Federal para ajudar a justificar sua decisão no julgamento, em 2011, do chamado “Caso Cesare Battisti”. Em seu voto, o Ministro Luis Fux afirmou:

[C]umpre definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o

3. Ver, por exemplo, Binenbojm e Cyrino, *op. cit.*

4. Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule. Interpretation and Institutions, in: *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 885-951.



extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.<sup>5</sup>

São fortes sinais de crescimento da presença do discurso das capacidades institucionais na pauta da comunidade jurídica nacional e, mais especificamente, do recurso ao trabalho de Sunstein e Vermeule. Entretanto, apesar dessa e de outras cada mais vez mais frequentes referências à teoria delineada por esses dois autores, ainda falta clareza com relação às possibilidades e características desse tipo de argumento. Ainda que a referência intelectual expressa seja quase sempre a mesma, será que estamos todos falando da mesma coisa? Qual o terreno comum com base no qual a utilidade desse argumento pode ser apreciada? Nesse cenário intelectual, torna-se necessário um esforço de reconstrução do que exatamente está em jogo quando se recorre à noção de “capacidades institucionais” para orientar discussões brasileiras sobre o que e como os juízes devem decidir. Quais as premissas nas quais esse tipo de raciocínio se sustenta? Em que condições pode ele ser considerado consistente e bem-sucedido? Como se pode criticar um argumento do gênero?

Essa tarefa de reconstrução conceitual detalhada é importante porque, sem que haja clareza quanto à estrutura do argumento, a expressão “capacidades institucionais” pode ser usada em sentidos que guardam pouca ou nenhuma relação com um argumento como o de Sunstein e Vermeule. Corre-se o risco de que a idéia de “capacidades institucionais”, em vez de sintetizar um argumento original, útil e juridicamente plausível, seja empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – um uso *banal*; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de “capacidades institucionais” traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – um uso *redundante*; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – um uso *absurdo*.

5. Petição Avulsa na Extradução n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luis Fux, p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>. Acesso em 30 de Junho de 2011.

## 2. OBJETIVOS

Neste trabalho, procuramos contribuir para o enfrentamento desses problemas de duas formas principais. Primeiro, reconstruiremos um modelo possível e minimamente detalhado do que é um argumento de capacidades institucionais. Buscamos identificar os principais traços de abordagens centradas em “capacidades institucionais”, nos termos de Sunstein e Vermeule, e apresentar os principais elementos do procedimento de decisão por eles pressuposto. Nessa tarefa, partimos da premissa de que, para que faça sentido como forma de orientar e criticar escolhas judiciais, a expressão “capacidades institucionais” (quando expressamente relacionada ao Poder Judiciário) deve ser encarada como a síntese de um esquema argumentativo com pressupostos, condições e um método de operacionalização específicos. São esses pressupostos, condições e parâmetros de operacionalização que nos permitirão aferir, em última instância, a relevância e/ou utilidade de se recorrer à idéia de “capacidades institucionais”.

São esses elementos, ademais, que conferem a essa estrutura argumentativa algum grau de especificidade em relação às muitas categorias e abordagens existentes no debate sobre decisão judicial e que, em alguma medida, já incorporam algum tipo de análise comparativa dos traços institucionais, limitações e recursos básicos do Poder Judiciário em contraste com outras instituições públicas.<sup>6</sup> A importância

6. Esse ponto será desenvolvido em mais detalhes no decorrer do texto. Por ora, vale notar que análises dos limites do exercício da função jurisdicional focadas em aspectos institucionais não são recentes. Raízes da tentativa de pensar tensões entre o Judiciário e Agências e entre o Judiciário e o Legislativo a partir das suas funções institucionais e das virtudes que o desenho constitucional pretende garantir para o exercício adequado daquelas funções podem ser encontradas, por exemplo, em Lon Fuller. *The Forms and Limits of Adjudication*. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, pp. 353-409 (o texto foi publicado em 1978, mas apresentado pela primeira vez em 1958 e revisado pelo autor pela última vez em 1961). O trabalho de Frederick Schauer também pode ser considerado fundamental para a abertura das discussões sobre a importância de se pensar teorias da decisão jurídica (mais especificamente, modelos de tomada de decisão baseados em regras) como mecanismos de alocação de poder entre instituições. Schauer talvez seja, por isso, o primeiro a justificar a interdependência entre as questões “como decidir?” e “quem decide?”, sendo inclusive citado como referência intelectual central por Vermeule (*Judging Under Uncertainty*, Cambridge: Harvard University Press, 2006). Essa necessidade de relacionar ambas as perguntas decorre da importância afirmada do papel das regras como ferramentas para a alocação de poder, concepção desenvolvida basicamente no livro *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. (Oxford/New York: Oxford University Press, 1991). Por esse motivo, regras podem ser consideradas instrumentos úteis para a manutenção da estabilidade de instituições e a administração da confiança e da desconfiança relacionadas às diferentes instituições no âmbito do sistema jurídico em que atuam. Tal utilidade não se sustenta necessariamente sobre considerações epistêmicas, mas, sobretudo, pelo simples fato de regras conformarem o desenho institucional ao distribuírem competências. Regras, por um lado, entrincheiram o *status quo* ao alocarem poderes intertemporalmente, ou seja, fixando no presente e no passado guias de decisão para o futuro. Por outro, reduzem a possibilidade de variação das decisões em uma mesma instituição, que poderia decorrer da mudança dos seus membros (p. 161). Esses mecanismos desempenham um papel fundamental nos casos em que uma regra se revela insuficiente para determinar

e a utilidade de referências a textos seminais do debate contemporâneo sobre a importância das análises institucionais comparativas (como o já mencionado “Interpretation and Institutions”) não podem ser adequadamente explicadas ou mensuradas se não estivermos atentos aos traços do argumento que são diferentes e originais em relação ao debate maior em que se inserem. Tomamos como um dado, portanto, que é necessário e útil buscar uma reconstrução desse argumento para que se possa identificar o que o torna diferente em relação aos recursos já existentes no debate tradicional sobre a função judicial.

Nossa leitura do argumento das capacidades institucionais identifica nele três premissas e uma estratégia básica de raciocínio. As premissas são: (i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo.<sup>7</sup> Diante dessas premissas, a estratégia básica de raciocínio de quem leva as “capacidades institucionais” a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada

---

cursos de ação. Resistência em face de experiências recalcitrantes é evidentemente fundamental para garantir as virtudes das regras relacionadas à alocação do poder. Mas, em alguns casos, o enfrentamento do problema é inevitável e instituições potencialmente competentes para aplicar regras nessas situações podem simplesmente ser mais deferentes às capacidades decisórias de outra instituição. Isso, para Schauer, não é incompatível com um modelo de regras. Ao contrário, “[a]n agent who says, ‘This is not my job’, is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others” (p. 162). A perspectiva de Schauer sobre a aplicação de regras é, nesse cenário, decisivamente inspiradora para uma teoria das capacidades institucionais, uma vez que ela rejeita de antemão visões simplificadas e deterministas sobre “quem deve decidir o que” em um determinado sistema jurídico. Para Schauer, ao contrário, o fato de regras serem ferramentas de desenho institucional fundamentais para a alocação de poder não implica uma distribuição definitiva de competências que garante a uma instituição (no caso, o Judiciário) o monopólio de aplicar regras ou decidir o sentido de suas disposições. No Brasil, a relação entre teorias sobre como decidir e o cenário institucional mais amplo, novamente tendo Schauer como referência, vem sendo discutida por Noel Struchiner (cf., entre outros, Formalismo Jurídico. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar e Unisinos, 2006, p. 363-366. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a Dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 463 a 482).

7. Em si, consequencialismo é uma estratégia de decisão (ou, mais precisamente, de justificação de decisões). Aqui, porém, o que interessa é qual o papel de uma postura consequencialista tem em relação à estratégia decisória específica recomendada por Sunstein e Vermeule. Nesse contexto específico, o consequencialismo é premissa, pois é um pressuposto do “second best reasoning” recomendado pelos autores. Vale notar que há formas de raciocínio consequencialista que não refletem um esforço de racionalização com vistas a se atingir um “second best”.

estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução. Nesse sentido, nossa hipótese principal é a de que a chave para se compreender a especificidade e a relevância de um argumento baseado em capacidades institucionais reside na incorporação do que os economistas chamam de “*second-best reasoning*” nos debates sobre a adequação de posturas institucionais e métodos decisórios. A remoção de qualquer das premissas ou da estrutura descritas acima descaracteriza o argumento de capacidades institucionais.<sup>8</sup>

Uma vez feita essa reconstrução, o segundo objetivo é identificar algumas variedades de argumentos que, apesar de fazerem referência à expressão “capacidades institucionais” ou às idéias de autores como Sunstein e Vermeule, não se encaixam no modelo proposto. A força do que entendemos como um argumento de capacidades institucionais está associada a uma estrutura de raciocínio específica, que acreditamos necessária para dar sentido a qualquer crítica nele baseada. Argumentos que se apresentam dentro da estrutura adequada, mas não se desincumbem dos ônus argumentativos a ela vinculados são erros na aplicação da teoria. Nesses casos, porém, a teoria permanece útil porque pode ser usada para criticá-los e aperfeiçoá-los. Por outro lado, argumentos que se servem do título “capacidades institucionais, mas não da sua estrutura de raciocínio, não são aplicações de uma teoria como a de Sunstein e Vermeule, mas sim de teorias diferentes (algumas das quais bastante antigas) sob um rótulo novo. Não são sequer erros, mas simplesmente empreendimentos conceituais distintos. Essa segunda possibilidade nos parece particularmente problemática. O risco é o de que “capacidades institucionais” se torne o novo “mantra” dos constitucionalistas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate. Para ilustrar esses riscos, mostraremos como é possível construir (e, portanto, identificar) formulações aparentemente (a) banais, (b) redundantes ou (c) absurdas do argumento.<sup>9</sup>

Não se trata, aqui, de legislar sobre como a expressão “capacidade institucional” deve ser usada. Dependendo dos objetivos de quem a invoca, ela pode ser proveitosamente empregada em sentidos e contextos diferentes – e sob critérios de consistência diferentes, mas válidos, ainda que não sejam exatamente os que Sunstein e Vermeule tem em mente quando desenvolvem seu argumento. Nosso ponto não é, por isso, estritamente semântico. Tampouco se trata de puro esforço exegético do sentido que a expressão tem no trabalho deste ou daquele autor, que

8. Ver parte 3, *infra*.

9. Ver Parte 4, *infra*.

supostamente deteria a “propriedade” dessa combinação de palavras. A expressão em si deve ser encarada apenas como um atalho verbal para um conjunto de idéias, premissas e estruturas argumentativas determinadas, que devem, sobretudo, ser usadas consistentemente na defesa de quaisquer conclusões que pretendam resultar da aplicação das mesmas. São esses elementos, e não as palavras com que escolhemos descrevê-los, que são potencialmente úteis para discutir a atuação judicial no Brasil. Nosso objetivo é apenas o de apresentar um modelo *possível* de um argumento que leva a sério os méritos e deméritos de diferentes instituições em um determinado arranjo institucional e possua um mínimo grau de especificidade e consistência interna. Nesse contexto, a escolha por discutir as idéias de Sunstein e Vermeule se justifica por razões substanciais, e não de mera autoria. Acreditamos – pelas razões desenvolvidas no decorrer do texto – que há, de fato, algo de específico, internamente consistente e útil no argumento desenvolvido por esses autores, ainda que sua proposta não seja imune a objeções.<sup>10</sup> Entretanto, qualquer esforço crítico contra as teses desses autores pressupõe a explicitação das premissas, especificidades e estrutura básica do argumento de capacidades institucionais desenhado por eles. Pode-se aprender com aplicações malsucedidas de uma teoria, bem como com uma teoria malsucedida. Não se pode aprender muita coisa, contudo, quando falta um acordo mínimo sobre os seus pressupostos e os critérios para sua efetiva aplicação.

### 3. POR QUE COMPARAR CAPACIDADES DE DIFERENTES INSTITUIÇÕES?

#### 3.1. Os méritos anunciados das comparações institucionais

Como sugerido na parte anterior, no debate recente sobre os limites e modos de exercício da função judicial é possível identificar duas grandes vertentes de argumentos centrados na idéia de “capacidades institucionais”. De um lado, o que poderíamos chamar de argumentos *intrainstitucionais*. Aqui, o argumento é utilizado para apreciar diferentes respostas à questão “como deve o Judiciário decidir?”. De outro, essa indagação abre espaço e torna necessária uma pergunta anterior e mais abrangente: “quem deve decidir?”. Ao se abrir tanto para análises *intrainstitucionais*, quanto *interinstitucionais*, o argumento das “capacidades institucionais” tem dois méritos básicos. Primeiro, obriga os participantes do debate a incorporarem juízos empíricos na defesa de suas propostas. Enfatiza-se que toda

10. Para uma sofisticada crítica geral ao empreendimento de Sunstein e Vermeule, ver Márcio Grandchamp, “The New Chicago School”, Trabalho apresentado no Seminário de Pesquisadores da FGV DIREITO RIO em 03 de Setembro de 2008.

teoria normativa sobre a função judicial, formulada em um contexto ideal que pode estar mais ou menos explícito em sua descrição ou escorada sobre compromissos conceituais muito vagos (como os relacionados a uma concepção de democracia, estado de direito, constitucionalismo ou jurisdição constitucional<sup>11</sup>) irá necessariamente se comportar de forma diferente do esperado uma vez manuseada por juízes reais, em contextos institucionais específicos. Segundo, o argumento expõe certa miopia que caracteriza análises a respeito de escolhas judiciais focadas exclusivamente nos méritos e deméritos do Poder Judiciário. Esse insulamento não é metodologicamente suficiente para fundamentar a adequação e a legitimidade ou não de uma decisão. Ao contrário, compreendido como apenas uma peça em um arranjo institucional plural e cooperativo, as escolhas do Poder Judiciário não podem ser analisadas como se as habilidades, limitações e o exercício das competências de juízes e tribunais se dessem em um vazio institucional. Quando criam ou tendem a criar tensões interinstitucionais, elas devem ser apreciadas *relativamente* aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para esses problemas.

Com relação ao primeiro ponto – a abertura necessária para juízos empíricos e contextualizados na apreciação do mérito de uma dada recomendação sobre como juízes devem decidir –, a lista de variáveis que podem e devem entrar em uma análise desse tipo é imensa. Para citar apenas alguns exemplos, uma formulação típica desse argumento chamaria a atenção para a escassez de tempo, ligada a variáveis como volume de processos e limitações na estrutura de apoio aos juízes.<sup>12</sup> Aqui, há um movimento não apenas do ideal para o real, mas também no sentido de exigir de quem apresenta uma teoria normativa desse tipo reconhecer o fato de que ela possivelmente será aplicada por juízes diferentes e em condições diferentes. Assim, um argumento de capacidades institucionais força a teoria em análise a explicitar o seu alcance esperado, com os ônus específicos daí decorrentes, já que as variáveis ligadas aos recursos e limitações dos órgãos decisórios não são idênticas para juízes em diferentes sistemas jurídicos, para juízes de tribunais superiores e juízes de primeira instância, nem entre juízes em tribunais e varas “generalistas” e tribunais e varas “especializados”.

Por isso, negligenciar as dimensões contextual e relacional do exercício de competências judiciais implica, nessa perspectiva, um déficit metodológico para

11. Esse tipo de compromisso é chamado de conceitualismo do tipo first-best e é um alvo explícito no livro de Adrian Vermeule. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2006, p. 2 e implícito no já referido “Interpretation and Institutions”.

12. Uma proposta de sistematização de elementos importantes que uma análise institucional comparada deve incluir é oferecida na parte 4.2, *infra*.

qualquer descrição, crítica ou proposta normativa relativa ao exercício da função jurisdicional. Entretanto, utilizar a idéia de “capacidades institucionais” requer dar um passo além. Se a dimensão institucional no exercício da função jurisdicional deve ser levada a sério, a questão “como os juízes devem decidir?” é, em si, no mínimo, incompleta, ainda que incorpore as preocupações e elementos empíricos mencionados na seção anterior. Em uma abordagem institucionalista, a primeira pergunta a ser respondida deve ser “por que deve o Poder Judiciário, com suas habilidades e limitações específicas, (e não outra instituição) enfrentar determinado(s) problema(s)?”.<sup>13</sup> A preocupação com as capacidades de juízes de carne e osso em implementar teorias, recomendações e parâmetros no exercício diário de seu ofício decorre do fato de que o exercício de suas competências não ocorre em um vazio institucional. O juiz de carne e osso não é o juiz ideal, nem o Judiciário é uma entidade monolítica. Mas, além disso, esses múltiplos juízes de carne e osso não compõem a única instituição a enfrentar situações sociais que exigem interpretação e aplicação de normas jurídicas. Essa pluralidade de relações torna tensões intra e interinstitucionais não apenas inevitáveis, mas naturais em ambientes nos quais o poder é distribuído horizontalmente, podendo levar a verdadeiros impasses institucionais. Nesse ponto, referir-se às “capacidades” de uma instituição implica fundamentalmente indicar os seus méritos *comparativos* para decidir tanto questões que podem estar sob a esfera de competências de mais de uma instituição, quanto problemas cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições.

### 3.2. Os pressupostos fundamentais do argumento

A tese de que a melhor forma de apreciar métodos de decisão, posturas ou mesmo decisões institucionais específicas depende da comparação dos méritos e limitações das diferentes instituições capazes de lidar com os mesmos tipos de questões (i) parte de alguns pressupostos relacionados à organização do poder estatal e (ii) enfatiza aspectos específicos da solução de problemas em contextos reais de decisão. Quanto ao primeiro ponto, a análise das capacidades de uma determinada instituição *vis-à-vis* outra(s) tende a ser especialmente relevante quando há *interação institucional* prevista pelas regras de desenho institucional vigentes – como a prescrita por um modelo de separação de poderes estruturado em um esquema de freios-e-contrapesos – e quando é pressuposto algum grau de *compromisso cooperativo* entre as instituições. No segundo, acentuam-se as *dificuldades epistêmicas* de atores institucionais reais relacionadas à solução de

13. Cf. Jeff A. Kingal. Institutional Approaches to Judicial Restraint. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 28, 2008, pp. 409-441, p. 423.

questões controversas e a correspondente *falibilidade potencial* das decisões tomadas sob condições de risco ou incerteza para justificar a importância de se medir comparativamente as capacidades de diferentes instituições. A relevância das análises institucionais comparativas se fundamenta, nesta segunda dimensão, sobre a importância da redução das chances de erro por meio da indicação da instituição menos falível para decidir determinadas questões.

### 3.2.1. Pressupostos institucionais estruturais

#### *Funcionalismo e especialização*

O argumento das capacidades institucionais pressupõe uma determinada concepção de separação de poderes e de desenho institucional, segundo a qual diferentes funções devem ser alocadas, tanto quanto possível, para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor<sup>14</sup>. Sob tal perspectiva, a palavra chave na distribuição de poderes é especialização. A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um “arquiteto institucional”, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar. Endossando implicitamente esse tipo de perspectiva, por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence observou que “[q]uando a Constituição cria uma instituição e lhe atribui determinado poder ou função política, a presunção é que o faça em caráter privativo, de modo a excluir a ingerência na matéria de outros órgãos do Estado”<sup>15</sup>.

Essa noção de especialização é, por certo, uma idealização. Mesmo supondo que, na elaboração do texto constitucional original, tenha-se de fato tentado distribuir poderes entre diferentes instituições com base em um critério de especialização – o que em si já é exigir bastante da realidade –, a realidade de um sistema constitucional minimamente complexo é dinâmica.<sup>16</sup> Há um movimento inicial

14. Francesco Parisi. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making. In: *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University School of Law, n. 00-42, nov. 2000, p. 1 e Robert D. Cooter. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 173.

15. Voto min. Sepúlveda Pertence no REExt 135.238/SP, DJ 20/04/2001.

16. Vale notar que há razões práticas para se promover algum grau de redundância, em vez de especialização, na alocação de funções. Martin Shapiro. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981, por exemplo, observa que, em várias sociedades e épocas, é comum que as instituições



para alocar poder entre instituições, mas: (a) essa alocação pode ser ambígua, permitindo que diversas questões sejam reconduzidas às esferas de atuação legítima de mais de uma instituição; e (b) as instituições podem usar sua dotação inicial de poder para oferecer leituras *transformadoras* da alocação inicial supostamente expressa no texto constitucional. Em outras palavras, mesmo se assumirmos que o desenho original se pautou por um ideal de especialização funcional, esse desenho original será contestado e transformado ao longo do tempo. Isso não impede, no entanto, que o referido ideal possa desempenhar um papel importante não apenas para a construção da teoria, como também para a orientação efetiva de qualquer procedimento de comparação das capacidades de diferentes instituições.

### *Compromisso interinstitucional*

A possibilidade de conflito interinstitucional dentro das regras do jogo é justamente o ponto de partida que dá sentido à busca pela comparação das capacidades institucionais. É, por exemplo, a indefinição das margens de controle judicial de decisões políticas que sugere a importância de se medir as capacidades do Legislativo *vis-à-vis* as do Judiciário para se definir quando este último está ou não apto a substituir um juízo legislativo por uma decisão mais capaz de promover os objetivos visados por uma norma cuja constitucionalidade esteja sendo discutida. Mais ainda, na medida em que se estrutura sobre comparações entre méritos e deméritos para a determinação da instituição mais capacitada para enfrentar problemas com certa roupagem, a análise das capacidades de diferentes instituições pressupõe um modelo de “concorrência harmônica” entre elas. Nessa perspectiva, assume-se que, apesar dos inevitáveis desacordos, as diferentes instituições que atuam em um mesmo arranjo estão comprometidas com a realização, na maior medida possível, de um ou mais objetivos comuns determinados pela ordem constitucional em que atuam.

Essa compreensão harmônica da distribuição de poderes dirige a busca de soluções para tensões interinstitucionais a partir da necessidade de efetiva coordenação e interação equilibrada entre eles no exercício de suas funções e é sustentada por um ideal regulativo de unidade do poder estatal que se orienta na realização de objetivos comuns.<sup>17</sup> O poder é monopolizado no Estado,

---

judiciais acumulem funções que se sobrepõem às dos órgãos da administração pública e às das instituições primariamente legislativas. Esse tipo de desenho “redundante” diminui a chance de que ocorram impasses institucionais diante de demandas sociais, já que existe mais de um caminho possível para um grupo político ou movimento social organizado obter um determinado resultado por parte do governo.

17. Neil MacCormick. *Institutions of Law*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 35. Fuller se refere à mesma idéia ao enfatizar a importância de o governo ser compreendido como uma forma de ordem

mas a sua divisão horizontal impõe custos inafastáveis de negociação e, por isso, existe a necessidade de cooperação permanente entre as esferas para a condução do governo.<sup>18</sup> Nessa perspectiva, a Constituição não se resume a um simples projeto de arquitetura que distribui formalmente competências, fixa as funções de cada instituição e as conforma por meio de regras. Como reflexo dessa almejada unidade entre os fins estatais, ela se torna o principal referencial normativo para a manutenção da coerência do sistema jurídico nas tentativas de harmonizar conflitos interinstitucionais ao definir os objetivos gerais a que todos os poderes se submetem e determinar parcialmente as melhores estratégias para cada poder se relacionar com os outros.<sup>19</sup> Nesse contexto, o argumento das capacidades institucionais é essencialmente um argumento de natureza constitucional que conjuga entre os seus pressupostos um tipo de leitura funcionalista da divisão de poderes com os ideais regulativos de unidade do poder estatal e de compromisso interinstitucional em torno de fins constitucionalmente estabelecidos. Vale insistir, mais uma vez, que estamos descrevendo pressupostos de um tipo de raciocínio, e não identificando propriedades deste ou daquele cenário institucional, nem recomendando que o desenho institucional seja lido ou alterado com base nesta ou naquela noção. Especialização funcional pode ser uma má idéia na orientação de interpretações da estrutura institucional de uma dada comunidade. Mas é um ideal *pressuposto* por quem apresenta um argumento de “capacidades institucionais”. Afinal, na comparação entre as capacidades de diferentes instituições, o objetivo é encontrar a instituição mais capacitada para resolver o tipo de problema em discussão. Nesse sentido, pode-se dizer que, no limite, o argumento das capacidades institucionais expressa uma tentativa de eliminação de redundâncias e ambiguidades no desenho institucional.

---

social organizada em torno de objetivos comuns: “...it is important to recall that without some actual sharing of aims affirmatively entertained, however impoverished the aims and however restricted the sharing, no government is possible. It is for that reason that a government is here considered as a highly formalized variety of organization by common aims” (Fuller, op. cit., p. 359). Esse também é um pressuposto fundamental da concepção de direito como planejamento de Shapiro, uma vez que o compartilhamento de um plano também depende de que ele seja desenhado *para* o grupo. Cf. Scott Shapiro. *Legality*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 136. Uma forma de assegurar e fundamentar essa unidade é pressupor uma norma convencional que prescreve a observância da Constituição e das normas válidas de acordo com ela por todos aqueles que exercem o poder. Cf. MacCormick, op. cit. p. 45, 60. Essa é claramente a resposta do positivismo jurídico de raízes hartianas para o problema do fundamento último de validade da ordem jurídica, assunto que não será desenvolvido aqui por extrapolar os objetivos deste texto.

18. Cooter, op. cit. p. 211 e 213ss. Sobre a importância de se pressupor a existência de um compromisso *cooperativo* entre as instituições cf. tb. Kingal, op. cit. p. 427ss.

19. Cooter, op. cit. p. 211.

### 3.2.2. Pressupostos epistêmicos

#### *Falibilidade Potencial e Contingência das “Capacidades”*

O argumento das capacidades institucionais não se completa, por outro lado, sem que se reconheçam (i) uma margem insuperável de *incerteza* na determinação da correção das escolhas institucionais para promover (no futuro) determinados fins relevantes e, como uma das causas importantes para essa incerteza, (ii) as *limitações e vieses cognitivos* a que estão submetidas as instituições em razão da sua conformação normativa e das condições fáticas sob as quais exercem as suas competências. Análises institucionais comparativas são cabíveis, *grosso modo*, quando se questiona a confiabilidade dos juízos de uma determinada instituição a respeito de assuntos que poderiam também obter resposta de outras instituições. Nesses casos, comparam-se as aptidões de cada uma delas para se determinar qual instituição reúne as melhores condições para oferecer respostas para determinados problemas. Esse esquema geral, como se percebe, só faz sentido se existe alguma margem de dúvida a respeito da possibilidade de as instituições em consideração fornecerem as melhores respostas possíveis para problemas de certo tipo ou, no mínimo, de se determinar com certeza a probabilidade com que as decisões de diferentes instituições podem promover determinado fim relevante.

Se, à luz das capacidades de uma determinada instituição, não se questiona a sua aptidão para, por meio de suas decisões, promover os objetivos para os quais foi desenhada, análises a respeito dos seus méritos e deméritos relativos a outra(s) instituição(ões) perdem completamente o sentido. Da mesma forma, a disputa a respeito de qual instituição deve ter a primazia para indicar soluções para certos problemas só se torna relevante quando diferentes instituições podem oferecer, com algum grau não determinável de confiabilidade, soluções que tendem a promover determinados objetivos. Se, em face de um problema *P*, for possível determinar que a solução  $S_1$  proposta pela instituição  $I_1$  é capaz de promover o objetivo social *O* com 40% de confiabilidade e que a solução  $S_2$ , dada pela instituição  $I_2$ , é capaz de promover o mesmo objetivo com 70% (dado que não há violação de competências expressamente previstas pelo direito positivo e aceito que tanto  $S_1$  como  $S_2$  não causam restrições a outros objetivos relevantes ou, se causam, fazem-no com a mesma intensidade), não é preciso comparar as suas capacidades para que se saiba qual resposta institucional é socialmente preferível. Ao contrário, medir as capacidades relativas de diferentes instituições é útil como recurso argumentativo quando há incerteza quanto ao grau de confiabilidade das respostas que oferecem. Se é preciso apostar em escolhas sob condições de incerteza, é preferível que a decisão recaia, então, sobre as decisões da instituição

que, pelo menos fática e normativamente, apresenta as melhores condições para trazer respostas satisfatórias para problemas dessa natureza.<sup>20</sup>

Pensar nas capacidades de uma instituição requer, assim, considerar antes de tudo as margens de incerteza a que se submetem as decisões de quaisquer atores institucionais para questões complexas. Mais ainda, analisar as capacidades relativas de uma instituição depende decisivamente da crença de que as dificuldades epistêmicas de cada instituição são reduzidas ou aprofundadas em razão da sua conformação específica. Instituições reais possuem capacidades diferentes não somente porque possuem funções distintas, mas porque se servem de instrumental fático e normativo diferente para ressaltar *virtudes* específicas tidas como condições de possibilidade para o exercício adequado das funções para as quais foram desenhadas. No caso do Judiciário, por exemplo, é típica a leitura de que as regras que o conformam institucionalmente visam, sobretudo, a fomentar, garantir e reforçar a autonomia, a independência e a imparcialidade dos seus membros.<sup>21</sup>

20. A provisoriade e a incompletude do conhecimento científico e as limitações epistêmicas que condicionam necessariamente processos reais de tomada de decisão (como restrições temporais e restrições decorrentes dos próprios limites humanos para obter e processar informações) são os principais fatores que justificam a existência de cenários de risco e incerteza para a tomada de decisão. Em comparação com os pressupostos de modelos ideais de racionalidade, a justificação de soluções concretas submete-se a condições subótimas de operacionalização. Nesse sentido, a controlabilidade de juízos prospectivos nem sempre é capaz de resistir à força das contingências. Existe, assim, uma assimetria insuperável entre o futuro presente e o presente futuro, motivo pelo qual a força de decisões que se fundamentam sobre a sua aptidão para promover estados de coisas que realizam fins relevantes está sempre condicionada pela possibilidade de a realidade se conformar, no futuro, de um jeito diferente daquele pensado no momento da tomada de decisão. Para as hipóteses de problemas de decisão que não envolvem juízos prospectivos, mas considerações retrospectivas (como as que estão por trás de técnicas tradicionais de definição de sentido de normas, tais quais a harmonização sistemática e a pesquisa histórica), o grau de incerteza decorre de outros fatores também relacionados às limitações epistêmicas a que se submetem necessariamente tomadores de decisão de carne e osso. No entanto, nesses casos as dificuldades epistêmicas se expressam especialmente nos limites de racionalidade de ponderações, da justificação de ordens de preferência entre objetivos e de exaustão das potencialidades semânticas de um texto. Sobre o assunto cf. o clássico trabalho de Herbert Simon. A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1 (Feb. 1955), pp. 99-118, Egidí, Massimo und Marris, Robin (Orgs.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992 e Daniel Kahneman e Amos Tversky. Variants of Uncertainty, in: Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky (Orgs.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 509-520. Sobre as assimetrias entre o presente futuro e o futuro presente cf. Niklas Luhmann. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: Rüdiger Bubner, Konrad Cramer e Reiner Wiehl (Orgs.), *Neue Hefie für Philosophie*, Heft 20. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981 e Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1974, cap. IV.

21. Trata-se, mais uma vez, de um ideal que orienta a leitura de regras jurídicas que desenharam uma instituição, e não de uma afirmação de fatos empíricos como “as pessoas que aprovaram a Constituição tinham apenas esses objetivos em mente ao escrever os artigos referentes ao Judiciário” ou “os artigos constitucionais referentes ao Judiciário são suficientes para que este tenha autonomia, independência e imparcialidade”. Ver, como exemplo de adoção deste ideal, as considerações feitas por Owen Fiss em seminário realizado na Direção GV: “The primary focus of academics who study the judiciary should be on what you call institutional

E essas virtudes só podem ser realizadas se são criadas condições para que cada um dos seus membros possa tomar as decisões que julga corretas com custo zero – ou algo próximo a isso – para si.<sup>22</sup> Além das regras conformadoras, outras regras – processuais especialmente – pretendem ainda configurar o processo de tomada de decisão judicial de modo a garantir que o exercício dessas virtudes seja acompanhado por resultados minimamente céleres e bem informados. As capacidades de juízes e tribunais são, do ponto de vista da ordem jurídica vigente, definidas, assim, dentro dessa estrutura formada pelas regras que instituem o Poder Judiciário, fixam as conseqüências normativas de sua existência e orientam o exercício de suas funções.<sup>23</sup>

Esse quadro normativo não apenas organiza e molda o Poder Judiciário como também interfere no modo como as suas escolhas são feitas. Cada instituição possui um aparato normativo e administrativo distinto para realizar as suas funções constitucionais e, por isso, tem ferramentas distintas para enfrentar (sem nunca eliminar completamente) a incerteza. A principal consequência desse pressuposto é a impossibilidade de se afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devem ser *sempre* tratados por certas instituições porque elas reúnem necessariamente as melhores condições para formular respostas apropriadas para eles. Por isso, tentativas de determinar, por meio de distinções puramente conceituais e clivagens teóricas, um conjunto de temas que tem, em todos os mundos possíveis, natureza exclusivamente legislativa (ou exclusivamente judicial) são *incompatíveis* com a perspectiva subjacente ao método orientado nas capacidades efetivas de diferentes instituições.

De fato, se a definição das capacidades de uma instituição para formular respostas para certos problemas depende do seu desenho normativo e das condições fáticas sob as quais ela desempenha as suas atividades, distinções abstratas a respeito do que compete a cada instituição decidir servem, no máximo, como argumentos *extra-institucionais* que *podem* (e não *devem*) orientar a discussão quando não for possível definir claramente as capacidades institucionais ou

---

design. The emphasis should be on making certain that judges are listening to all grievances, hearing from all affected parties, and making certain that their decisions can be justified on the basis of principle. I believe these procedures will make judges into heroes. The end of these procedures is not procedure but justice, and I believe that if we strongly insist upon these procedures we will turn the most ordinary people into heroes. (Owen Fiss. Models of Adjudication. In: *Cadernos DIREITO GV*. Seminários – n.08, São Paulo, Novembro de 2005, pp. 13-14). Sobre o caráter ideal dessas aspirações e o que se pode esperar de fato de juízes reais em virtude dessas aspirações cf. Lawrence M Friedman. Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act, in: John N. Drobak. *Norms and the Law*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 139-160.

22. Cooter, op. cit., p. 195.

23. Para um esquema mais geral que se serve desses elementos cf. MacCormick, op. cit., p. 36.

houver problemas de incomensurabilidade no cruzamento de méritos e deméritos de diferentes instituições. Por tal motivo, buscar, por exemplo, resolver tensões interinstitucionais entre o Legislativo e o Judiciário apelando para classificações rígidas como “questões de direito/judiciáveis” e “questões políticas”<sup>24</sup> ou “questões de princípio” e “questões de política” (definida sobre as bases da distinção entre *principles* e *policies* de Dworkin<sup>25</sup>) é recorrer a uma estratégia de argumentação tipicamente não orientada para a comparação das capacidades de diferentes e concretos atores institucionais.<sup>26</sup>

A dimensão contextualista do argumento, ressaltamos, não implica um particularismo para a definição dos métodos de decisão e posturas institucionais mais adequados para cada poder nos limites de suas capacidades. Não é necessariamente à luz de cada situação concreta de tensão interinstitucional que se deve definir como instituições devem se portar. Com base nas capacidades institucionais, é possível sugerir métodos de decisão e posturas institucionais que tenham a pretensão de validade para um conjunto mais amplo de casos.<sup>27</sup> Por exemplo, é em princípio compatível com o argumento das capacidades institucionais a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, com base em suas funções e responsabilidades constitucionais, as aptidões dos seus membros para obter e processar informações

24. Trata-se de estratégia de distinção com raízes mais que centenárias no direito constitucional brasileiro. Em 1910, em pioneiro esforço doutrinário, Rui Barbosa reconstruiu o texto constitucional de 1891 de modo a isolar um conjunto de questões insuscetíveis de apreciação judicial. Observa que as questões políticas são, “obviamente” as “relativas ao exercício de poderes” mera, única e exclusivamente *políticas*, isto é, “os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem.” (Rui Barbosa, *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*, Vol. I, Typographia do Jornal do Commercio, 1910, p.156). São questões que envolvem “apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada à competência dos que exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro na qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente.” (Id. p. 164). Assim, Barbosa procura estabelecer, por meio de uma definição do que deve ser considerado como “questão política”, quais dos poderes colocados à disposição do Poder Executivo podem e quais não podem ter a correção constitucional do uso discutida em juízo.

25. Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, p. 22. Para Dworkin falta aos juízes a legitimidade democrática do legislativo para perseguir políticas ou implementar ações ou programas destinados à sua realização (Idem, p. 83). Críticas são dirigidas, do ponto de vista da teoria do direito, à possibilidade de se diferenciar esses tipos de questões em razão do critério indicado por Dworkin: a forma prospectiva de raciocínio. Pensar em objetivos ou fins é também uma forma de se argumentar com argumentos de moralidade (princípios), o que dificultaria a diferenciação entre dois padrões distintos de decisão com base nesse fator. Sobre o assunto cf. Kent Greenawalt. *Policy, Rights, and Judicial Decision*, in: Marshall Cohen (Org.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, 1983, pp. 88-118. Neil MacCormick. *On Legal Decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. In: *NYU Law Review*, vol. 58, 1983, pp. 239-258.

26. Kingal, op. cit., p. 414ss.

27. Kingal diferencia, nesse sentido, abordagens institucionalistas contextuais e restritivas. Cf. Kingal, op. cit. p. 430s.

à luz de elementos empíricos como a quantidade e qualidade dos assessores de cada ministro e a taxa de congestionamento processual da corte, bem como os próprios limites normativo-processuais para a tomada de decisão, deve ser deferente a uma escolha legislativa específica (por exemplo, em relação a uma lei que, após ampla discussão parlamentar em que foram também ouvidos seguimentos distintos da sociedade, autorizasse ou proibisse o aborto).<sup>28</sup> Mas é igualmente possível usar o argumento para defender a tese de que o STF brasileiro deve adotar uma postura formalista sempre que for chamado a interpretar atos regulatórios ou rever decisões de determinadas autarquias, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em razão das suas capacidades para lidar com as sofisticadas questões com as quais ela cotidianamente lida.<sup>29</sup> Ambas as respostas são, em princípio, justificáveis em termos institucionais comparativos, pois não contradizem os pressupostos fundamentais do contextualismo e da variabilidade das vantagens e limitações epistêmicas de atores institucionais reais.

### 3.2.3. Pressupostos metodológicos

#### *Consequencialismo*

A última premissa endossada por quem apresenta um argumento de “capacidades institucionais” já estava implícita na discussão dos dois blocos anteriores de pressupostos. Trata-se da idéia de que, tendo-se a especialização funcional como ideal e levando-se em conta a variabilidade fundamental das capacidades das instituições de atenderem a dados fins constitucionais, deve-se escolher uma teoria, concepção ou alternativa de decisão a partir das consequências que ela é capaz de produzir, direta ou indiretamente. Mais especificamente, a teoria requer que se considere como correta a *melhor* alternativa relativa, entendida como sendo aquela que promova, em um grau no mínimo idêntico ao de outras ações possíveis no momento da decisão, um determinado fim.<sup>30</sup> Trata-se de um tipo de estrutura consequencialista de raciocínio.

28. Este não é, contudo, o escopo imediato do argumento das “capacidades institucionais”, tal qual trabalhado por Sunstein e Vermeule, como se verá abaixo. Cf. III, *infra*.

29. Conclusão semelhante é defendida por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule. *Interpretation and Institutions*, op. cit. e Adrian Vermeule. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation.*, op. cit.

30. Essa é a estrutura de raciocínio que Amartya Sen define como “consequencialismo” (Cf. Amartya Sen. “Utilitarianism and Welfarism”, in: *Journal of Philosophy*, v.76, n.09 (sep/1979), p. 464-465). Ver também Amartya Sen e Bernard Williams, “Utilitarianism and Beyond”, in \_\_\_\_\_. (orgs.) *Utilitarianism and Beyond*, pp. 03/04, onde se afirma que o consequencialismo é “a theory of correct action [...] which claims that actions are to be chosen on the basis of the states of affairs which are their consequences”.

Nesse sentido, quando se entra no terreno das capacidades institucionais, não faz sentido apontar para uma dada obrigação, poder ou vedação jurídica constante de um texto legal como um elemento suficiente para optar por esta ou aquela alternativa decisória simplesmente porque uma das funções dessas formulações é impedir a consideração de quaisquer outros possíveis caminhos de decisão. Se regras textualmente expressas de competência resolvem um problema, não há porque recorrer ao argumento das capacidades institucionais, que deve entrar em cena justamente nos interstícios das áreas claramente determinadas ou determináveis por dispositivos legais. Com outras palavras, o emprego de argumentos de capacidades institucionais *pressupõe* obediência ao direito positivo, o que o torna especialmente útil apenas quando esse direito positivo não é suficiente para determinar uma única alternativa correta quanto à adoção de uma teoria interpretativa ou forma de alocação de poder decisório entre instituições.<sup>31</sup> Por tal motivo, esse tipo de argumento, enquanto estratégia compatível com as premissas básicas de todo raciocínio jurídico, é diferente tanto de uma abordagem consequencialista pura (*i.e.* que não pressupõe limites à sua execução), quanto de uma simples técnica de interpretação de dispositivos legais que definem competências ou que explicitamente limitam qual tipo de teoria o juiz deve adotar na (e para a) tomada

31. Neste ponto, uma objeção possível seria quanto ao caráter extremamente restritivo dessa limitação, que levaria à impossibilidade de se empregar o argumento para fundamentar mudanças pontuais no próprio desenho institucional ou mesmo reformas constitucionais mais profundas. Vale ressaltar, porém, que o argumento das capacidades institucionais tem como foco a definição de estratégias de decisão ou métodos de interpretação de segunda-ordem para orientar a tomada de decisões de primeira-ordem de atores institucionais que atuam em determinado arranjo. Por esse motivo, o respeito ao desenho institucional vigente é fundamental para a operacionalidade do argumento por tomadores de decisão. Evidentemente, isso não elimina o potencial crítico do argumento quando aplicado por um teórico que pretende analisar a própria conformação institucional. No entanto, mesmo neste caso, certa vinculação ao direito positivo ainda é fundamental. Um teórico sem dúvida por usar o argumento para dizer que certo desenho deve ser mudado, mas, ao fazê-lo, pressupõe necessariamente uma alteração das capacidades de determinada instituição (cujas capacidades, frisamos, são definidas *dentro* do próprio desenho questionado). Nesse caso, a crítica tem uma estrutura do tipo "se capacitássemos mais tal instituição (alterando suas competências, aparelhando-a com mais assistentes etc.), seria criado um novo arranjo institucional que contribuiria em maior medida para a promoção dos objetivos O1, O2, O3... On". A pergunta difícil aqui é: quando um argumento desse tipo (*i.e.* sustentado sobre considerações contrafactuais e escorado sobre um arranjo institucional inexistente no momento da análise) é lançado, estamos falando ainda de capacidades institucionais? A resposta a essa pergunta não é evidente. Mesmo assim, se a premissa é a de que o argumento seja útil como mecanismo para criticar e orientar inclusive a tomada de decisões judiciais, parece ser inadmissível que um agente institucional (um juiz, por exemplo) tente fundamentar as suas escolhas agindo expressamente *contra legem* apenas com base na afirmação de que "seria melhor se o Judiciário lidasse com tal questão". Quando falamos da aplicação adequada do argumento, seja por um juiz ou por um teórico que pretenda criticar uma decisão judicial, pressupomos observância do desenho institucional e das suas regras pelo menos em algum grau. Por fim, parece-nos importante destacar que as potencialidades críticas do argumento das capacidades institucionais para a revisão de elementos do próprio desenho institucional são também limitadas pelo próprio direito positivo. Se quem desenha as instituições se serve de análises institucionais comparadas para propor reformas, estamos diante de um uso claramente legítimo do argumento.



de decisão. Ela é, na verdade, uma espécie de raciocínio consequencialista limitado a uma área específica, circunscrita por normas jurídicas que impedem um pleno e irrestrito compromisso em obter as melhores consequências possíveis a cada oportunidade de escolha.<sup>32</sup>

#### *A estratégia do “Second-Best”*

Nas seções anteriores, mostramos que o argumento das capacidades institucionais pressupõe que a interpretação e a aplicação do direito não envolvem apenas problemas relacionados a juízos normativos singulares – por exemplo, sua compatibilidade com regras de competência previstas no texto constitucional. Propostas destinadas a orientar escolhas judiciais não devem negligenciar, como já observado, que o exercício das competências judiciais não ocorre em um vácuo institucional. O que o argumento faz é sugerir que, dado que diversas teorias normativas sobre a função judicial são juridicamente possíveis, deve-se recorrer a considerações sobre as habilidades e limitações do Poder Judiciário e das instituições que podem ser afetadas por suas opções. Essas considerações – “capacidades institucionais” – são necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos. Isso faz com que as respostas para as questões relacionadas a métodos e posturas mais adequadas de decisão tenham, como visto, uma inexpurgável dimensão contextual ou circunstancial, o que as torna necessariamente contingentes.

Esses elementos são necessários, mas insuficientes para se caracterizar o método de seleção de escolhas institucionais proposto por Sunstein e Vermeule. A estratégia específica de raciocínio dos autores diz respeito a *como* enfrentar o cenário descrito nas seções anteriores. De fato, o mero reconhecimento dos condicionamentos reais a que se submetem teorias da decisão judicial e o compromisso de escolher a alternativa que promova os melhores resultados possíveis são insuficientes para individualizar o argumento dos autores. Ao contrário, mesmo teorias da justificação da decisão judicial como as de Dworkin e Alexy, construídas sobre modelos repletos de elementos contrafactuais, aceitam as limitações de juízes reais e do ambiente no qual a decisão jurídica é tomada.<sup>33</sup> Dworkin, por exemplo,

32. Voltaremos a esse ponto na 4.1.3, *infra*, quando discutirmos formulações “absurdas” do argumento das capacidades institucionais.

33. Para Alexy: Robert Alexy. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in: *ARSP*, vol. 95, nr. 2, April 2009, pp. 151-166, p. 157: Nunca um homem participou de um discurso ideal em todos os aspectos e nunca um mortal o fará”. (Há versão em português do referido trabalho: Robert Alexy, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. Volume 253 — janeiro/abril 2010, pp. 9-30, p. 16). Para Dworkin: Ronald Dworkin. “The Judge’s New Role. Should Personal Convictions Count?”, in: *Journal of International Criminal Justice*, v.1, n.1,

certamente não acredita que juízes reais compartilham as mesmas habilidades de Hércules, “*a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen*”<sup>34</sup>, assim como Alexy diferencia expressamente discursos ideais e reais e não equipara o discurso jurídico ao discurso prático geral. Aquele é, na verdade, um *caso especial* deste por conta especialmente das condições que limitam os procedimentos jurídicos reais de tomada de decisão.<sup>35</sup> Entretanto, diferentemente dessas duas teorias, a forma completa do argumento de Sunstein e Vermeule recomenda que, diante da discrepância intransponível entre o plano ideal e a realidade em que a teoria vai operar, repudie-se qualquer tentativa de *aproximação* das condições de idealidade pressupostas por suas teorias. A questão relevante, e que diferencia radicalmente as concepções de autores como Dworkin e Alexy da de Sunstein e Vermeule, é saber como lidam com a inafastável possibilidade de *erro* em sua aplicação por atores institucionais com capacidades limitadas.

Dworkin e Alexy não poderiam se furtar a classificar *a posteriori* certas decisões como corretas ou equivocadas, de acordo com os parâmetros gerados por suas concepções. Na verdade, uma teoria normativa da decisão judicial que não dê espaço em tese para aplicações incorretas perde qualquer força como parâmetro para tomada e crítica da decisão judicial, na medida em que pode servir para justificar qualquer resultado, qualquer decisão imaginável. Hércules, por exemplo, não comete erros, mas os juízes de carne e osso, sim, mesmo que tentem seguir o seu exemplo. Essa tensão entre o ideal e o real encontra uma resposta simples e direta no pensamento de Dworkin e Alexy. Ambos reconhecem (e incorporam em suas teorias) o fato de que juízes reais não são juízes ideais e o ambiente institucional de tomada de decisão jurídica não é o mesmo para que as melhores decisões sejam tomadas.<sup>36</sup> Para esses autores, no entanto, essas limitações de

2003; Richard Posner. Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 955. A teoria de Robert Alexy, por depender, no limite, dos pressupostos ideais da teoria do discurso, também tem uma clara dimensão contrafactual. Para uma crítica específica contra a relevância de discursos ideais para a correção de decisões concretas tal qual defendido por Alexy cf. Carsten Bäcker. *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

34. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 105.

35. Robert Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Auflage. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, p. 261ss.

36. Para Alexy o discurso prático ideal é definido „pela busca de uma resposta para uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e completa ausência de coerção na direção da produção de completa clareza lingüístico-conceitual, completa informação empírica, completa capacidade e disposição para a troca de papéis e completa imparcialidade”. (Cf. Robert Alexy. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito, op. cit. p. 16). Exigências parecidas são pressupostas por Habermas quando ele apresenta o princípio da universalização (Universalisierungsgrundsatz), regra formal de argumentação na qual se orienta a validade de juízos práticos morais, e a situação ideal de fala. Cf. Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: ders. *Moralbewußtsein und kommunikatives*

juízes de carne e osso em nada interferem na pretensão de *universalidade* de suas teorias. Elas são adequadas em qualquer ambiente institucional real e para qualquer juiz concreto, já que a sua operacionalidade depende apenas de esforços de aproximação, ainda que esses esforços sejam reconhecidamente variáveis entre instituições e sistemas jurídicos. Por conseguinte, o que é apropriado para Hércules ou para o julgamento ideal que se desenvolve sob as condições perfeitas de deliberação é considerado, desde o início, igualmente apropriado para juízes de carne e osso em seus gabinetes, ainda que se reconheçam as suas limitações reais. Nesse sentido, essas abordagens se comprometem com a “melhor teoria” em termos ideais. Mesmo diante da ausência de condições ideais para sua implementação por um dado ator, recomendam que ele tente chegar *o mais perto que puder* do resultado que seria obtido em um contexto ideal de aplicação. Um juiz de carne e osso pode até não ser Hércules, mas a métrica utilizada para orientá-lo e criticá-lo continua sendo “Olímpica”.<sup>37</sup>

Sunstein e Vermeule oferecem uma resposta distinta à assimetria de informações e demais condições epistêmicas que afetam as relações entre diferentes juízes reais e entre juízes reais e ideais. Fazendo uma analogia com o pensamento econômico, os autores observam que, se em certas condições, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a máxima eficiência possível não será necessariamente atingida se tivermos o estado inatingível como um “ideal regulatório” e nos pautarmos por ele.<sup>38</sup> O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a

---

*Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, p. 75ss. V. também Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 155ss.

37. Essa propriedade de teorias como as de Dworkin e Alexy fica claramente exemplificada na defesa que Stephen Guest faz do “Juiz Hércules” como um modelo contrafático (Stephen Guest. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991). Defendendo o recurso à figura imaginada do Juiz Hércules, Guest argumenta que os economistas, por exemplo, trabalham com um modelo de “mercado perfeito” que também é contrafático. Essa comparação, porém, foge completamente do ponto relevante. Pois o “mercado” é uma idealização *descritiva*: os agentes econômicos *reais* que compõem o mercado *real* “imperfeito” não olham para o contrafático do “mercado ideal” para saber como devem agir. Eles simplesmente *agem*, e se, na maioria dos casos, essas ações se aproximam do que descreve o contrafático do “mercado ideal”, é um sinal de que é possível fazer previsões mais ou menos acuradas do comportamento das pessoas. Hércules, ao contrário, é um parâmetro para crítica de toda e qualquer decisão judicial: diferentemente do que ocorre com os agentes econômicos e o “mercado ideal”, a teoria de Dworkin – como toda teoria normativa – pressupõe que os juízes devem *tentar atingir* o patamar de correção judicial de Hércules.
38. Essa é uma versão do teorema geral da teoria, de acordo com o qual “if there is introduced into a general equilibrium system a constraint which prevents the attainment of one of the Paretian conditions, the other Paretian conditions, although still attainable, are, in general, no longer desirable”. O trabalho de referência sobre o assunto é o artigo de R.G. Lipsey e Kevin Lancaster. The General Theory of Second-Best, in: *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1 (1956-1957), pp. 11-32.

estratégia “ideal” (“*first best*”).<sup>39</sup> Aplicando esse modelo à função jurisdicional, fica evidente que, em muitos casos, juízes “reais” (operando em condições reais) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (que pressupõem tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobre-humanos, por exemplo).

Assim, as capacidades institucionais de quem vai decidir podem e devem influir na escolha da teoria. Realizar essa escolha “em abstrato” traz consigo vários riscos. Em uma análise desse tipo, é preciso estimar os custos que a adoção da teoria terá para juízes e a chance de erro no seu manuseio e aplicação, bem como o impacto nocivo de sua generalização para os usuários do sistema judicial (maior demora na prestação jurisdicional, maior imprevisibilidade etc) – o que os autores chamam de *efeitos dinâmicos* da adoção da teoria.<sup>40</sup> A necessidade de referência às capacidades institucionais dos tomadores de decisão reais é, portanto, uma crítica contra a possibilidade de *operacionalização* uniforme das mesmas em diferentes cenários e por diferentes atores institucionais. Uma teoria do raciocínio jurídico pode até fornecer realmente um instrumental metodológico confiável para orientar a formulação de crenças e tomadas de decisão. O que se coloca em xeque, contudo, é se ela pode fazer isso *sempre*. Vale insistir, mais uma vez, que o argumento de Sunstein e Vermeule é interessante não por chamar a atenção para a discrepância em juízes ideais e juízes reais – elemento obviamente reconhecido por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada. O hiato relevante é outro. Situa-se entre as teorias normativas que procuram em abstrato caracterizar a “melhor decisão” e as pequenas decisões de segunda ordem que operacionalizam a aplicação dessas teorias no cotidiano da função jurisdicional. Para um institucionalismo como o desses autores, a tentativa de aproximação a modelos ideais não apenas é pouco importante para a seleção de métodos decisórios e posturas institucionais, como é explicitamente desconsiderada desde o início da formulação da teoria.<sup>41</sup>

### *Efeitos Dinâmicos e Comparações Institucionais*

A incorporação de informações quanto a “capacidades institucionais” por meio de um raciocínio do tipo “*second best*”, descrita na seção anterior, é complementada por uma segunda série de preocupações relacionadas ao que Sunstein

39. C. Sunstein e A. Vermeule, op. cit., p.23.

40. C. Sunstein e A. Vermeule, 2003, p. 26.

41. C. Sunstein e A. Vermeule, op. cit., p. 914.

e Vermeule chamam de *efeitos dinâmicos* da adoção das teorias normativas e posturas institucionais. A idéia é que diferentes métodos de decisão e posturas judiciais devem, ainda, ser valorados em função dos seus *efeitos dinâmicos*, *i.e.* das suas conseqüências no tempo para atores públicos e privados de tipos variados.<sup>42</sup> O Judiciário precisa também tomar decisões sobre como decidir e pensar nos efeitos dessas escolhas no tempo. Dado que a dimensão circunstancial da adequação dos métodos de decisão não se justifica apenas pelos traços de cada problema concreto de decisão, mas, sobretudo, pelas características de cada arranjo institucional, respostas adequadas para a questão “como os juízes devem decidir?” também devem incluir decisões sobre como decidir, ao longo do tempo, casos concretos em cenários caracterizados pela distribuição de funções.<sup>43</sup> Essas análises de segunda-ordem – este é o ponto que une a presente tese com o argumento das capacidades institucionais – devem ser feitas à luz de considerações intra e interinstitucionais, pois elas são decisivas para a legitimidade de decisões judiciais específicas.

Como visto acima, a originalidade metodológica do argumento institucionalista de Sunstein e Vermeule está no fato de conjugar um consequencialismo de segunda-ordem (ou seja, uma investigação não sobre as consequências de decisões pontuais obtidas mediante a aplicação de uma teoria decisória em um caso específico, mas sobre as consequências da implementação de diferentes teorias decisórias) com um modelo de racionalidade do tipo *second-best* para lidar com problemas interinstitucionais. Esse é o cerne da teoria, o elemento que a singulariza em relação ao resto do debate e que torna potencialmente útil fazer referência a ela no âmbito da comunidade jurídica brasileira. Tal sofisticação metodológica se cristaliza pelo manejo combinado de dois conceitos: capacidades institucionais e efeitos dinâmicos. Não se confundem um com o outro, mas se combinam em uma estrutura de raciocínio consequencialista mais geral, orientando a escolha no sentido de se adotar a alternativa que promova o *melhor* estado de coisas. O método, nesse sentido, apresenta-se como alternativa completamente diferente para lidar com questões tradicionalmente enfrentadas por juristas sob as lentes de categorias teórico-dogmáticas elaboradas sem suporte empírico, ou mesmo deixadas a cargo da aplicação da prudência ou do bom-senso dos tomadores de decisão.<sup>44</sup> Ao pressupor e enfatizar, ao contrário,

42. C. Sunstein e A. Vermeule, *op. cit.*, p. 886. Kingal, *op. cit.*, p. 431s.

43. Sobre argumentos de segunda-ordem cf. Diego Werneck Arguelles e Fernando Leal, “Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações”, In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, 2009, pp. 171-211.

44. Perspectivas formalistas e não-doutrinárias são apresentadas por Kingal como as principais concorrentes da perspectiva institucional que pretendem fornecer respostas racionais para justificar posturas judiciais

a incerteza das condições sob as quais muitas decisões são tomadas e a consequente falibilidade inevitável de agentes institucionais reais, o argumento institucionalista rejeita *a priori* construções ideais para orientar a solução de problemas interinstitucionais.<sup>45</sup>

Segundo o método pressuposto pela comparação das capacidades institucionais, a realização do melhor entre os piores (*i.e.* subideais) estados de coisas é orientada pela consideração dos efeitos líquidos globais associados à adoção generalizada de diferentes posturas institucionais e métodos de decisão. A proposta de Sunstein e Vermeule não se ocupa, nesta dimensão, com a decisão de casos singulares, mas com as decisões tomadas por instituições sobre como decidi-los e com os efeitos dessas metadecisões sobre o equilíbrio institucional. Olhar para cada caso individual é pouco importante, pois se assume, desde o início, que atores institucionais tomarão eventualmente decisões erradas independentemente da postura ou do método de decisão por eles aplicado. E isso, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não é motivo para se descartar qualquer um deles. Na verdade, uma vez definido que uma postura e um método de decisão são os menos piores em um mundo de incertezas e erros inevitáveis, os erros pontuais decorrentes da aplicação dos mesmos devem servir apenas para reforçar os compromissos da instituição com as suas metaescolhas.

O suposto caráter inovador do argumento central de “Interpretation and Institutions”, no entanto, não se esgota nessa estrutura de raciocínio. A determinação dos efeitos dinâmicos de diferentes possibilidades de posturas institucionais e métodos de decisão se completa pela necessidade de *comparação* entre as diferentes “capacidades” das instituições afetadas pelas decisões de segunda-ordem de uma instituição. É preciso que a valoração dos méritos e deméritos de cada uma delas seja informada pelas habilidades e limitações de cada instituição para lidar com problemas de determinadas naturezas. Não se trata, assim, de apenas pensar a aplicação de diferentes posturas e métodos de decisão por algum tipo de abstração de juízes, legisladores ou administradores públicos. Ao contrário, deve-se buscar determinar os efeitos dinâmicos vinculados à escolha de uma alternativa por uma determinada instituição *real*, com as suas atribuições determinadas pelo desenho constitucional e pelas suas vantagens e desvantagens cognitivas para assimilar e processar informações relativamente a outras instituições.

---

de autocontenção. Cf. Kingal, *op. cit.* p. 411ss.

45. Nas palavras de Luis Schuartz “não surpreende que teorias que não incorporem, reflexivamente, as suas próprias condições institucionais de aplicação, soem ridiculamente ingênuas ou perigosamente próximas a uma legitimação ideológica”. Cf. Luis Schuartz, *op. cit.* p. 38.

#### 4. O ARGUMENTO EM AÇÃO

O argumento completo de Sunstein e Vermeule – que inclui tanto o recurso às capacidades institucionais, quanto a preocupação com os efeitos dinâmicos da adoção de teorias ou posturas institucionais – pode ser um instrumental poderoso para criticar e orientar decisões de primeira e de segunda-ordem tomadas pelo Poder Judiciário e por qualquer outra instituição. No entanto, a transformação dos conceitos de “capacidades institucionais” e “efeitos dinâmicos” em categorias operacionalizáveis no âmbito do raciocínio jurídico é tarefa complicada. Não basta reconhecer os recursos limitados e a margem de erro contextual com que instituições concretas vão aplicar teorias abstratas, de um lado, e que a adoção desta ou daquela teoria terá efeitos sobre o comportamento de outros atores institucionais e sociais, de outro. Embora seja sempre louvável chamar a atenção para as limitações, vieses e recursos dos atores concretos que de fato terão que aplicar a teoria em discussão, nem toda invocação dessas “capacidades” é um argumento de capacidades institucionais nos termos descritos por Sunstein e Vermeule.

Antes de tudo, é preciso determinar o quadro normativo e fático no âmbito do qual as instituições desempenham os seus papéis e inclui-lo na análise consequencialista que determinará qual postura institucional ou método de decisão é o mais apropriado para promover dinamicamente valores sociais relevantes. De fato, este talvez seja o principal ônus associado ao uso dessa estrutura argumentativa: apontar quais são as habilidades e limitações institucionais concretas relevantes (e necessariamente contextuais) e explicar de que forma essas “capacidades” podem, na aplicação de uma dada teoria ou postura institucional desenvolvida sobre pressupostos contrafactuais, levar a consequências ruins que justifiquem a adoção de uma teoria ou postura institucional que não seria a melhor em termos ideais. Nesse sentido, é preciso cautela com a utilização de argumentos de capacidades institucionais “truncados”, que pretendem sustentar um ponto empírico sem que isso seja feito de maneira adequada. Contudo, em casos de argumentos truncados, pode-se ao menos saber o que falta para que o argumento possa ser bem-sucedido. Pode-se usar o próprio esquema proposto por Sunstein e Vermeule para criticar o argumento e aprimorá-lo. Existe, porém, um segundo conjunto de usos problemáticos da idéia de “capacidades institucionais” no debate normativo sobre a função judicial. Trata-se de argumentos que, embora apresentados sob o rótulo de “capacidades institucionais”, possuem estruturas, pretensões e critérios de correção estranhos a um modelo como o de Sunstein e Vermeule – ou, ainda que endossados por aquela teoria, não são específicos ou próprios a ela, embora a invoquem como referência. São usos que, afastando-se da estrutura descrita até aqui, refletem um emprego *banal*, *redundante* ou *absurdo* da idéia de capacidades institucionais.

## 4.1. Aplicações inadequadas da idéia de capacidades institucionais

### 4.1.1. Banalidade

Uma utilização banal da idéia de capacidades institucionais se dá quando a expressão é empregada simplesmente para enfatizar a diferença entre dois mundos nos quais todo debate sobre interpretação e aplicação do direito transita - teoria e prática, prescrição e descrição, ideal e realidade – ou, mais especificamente, entre as condições fáticas que são simplesmente assumidas no campo do ideal, mas que não necessariamente são encontráveis na realidade, e a realidade. Não é fácil, contudo, encontrar uma teoria minimamente sofisticada que ignore esse fato. Como já observado em seções anteriores, teóricos como Dworkin e Alexy estão perfeitamente cientes de que as condições em que suas teorias serão aplicadas não possuem diversas propriedades que estão assumidas ou embutidas nas suas formulações (por exemplo, tempo infinito para analisar o direito vigente e ouvir argumentos de todas as partes e pontos de vista relevantes). Diante dos inevitáveis erros na aplicação de suas teorias, porém, tudo que podem recomendar – e esperar – é que suas idéias sejam cada vez mais bem compreendidas. Afinal, se estão certos de que sua teoria é a *melhor* em termos ideais, a distância entre condições ideais e reais de aplicação não deve ser razão para optar por uma teoria *pior*.

Nesse sentido, o próprio Dworkin já observou que “o caráter dos juízes é uma conseqüência da teoria da prestação jurisdicional em vigor, portanto não se pode alegá-lo como razão para não mudar essa teoria”.<sup>46</sup> Em outras palavras, para Dworkin, o fato de que juízes não possuem as qualidades necessárias à aplicação correta de uma teoria *que sabemos ser a melhor em termos ideais* não pode ser uma razão para abandoná-la. Ao contrário, o que se espera é que a adoção da teoria vá tornar os juízes melhores no que fazem (“melhores” nos termos da própria teoria, isto é, mais preparados para aplicá-la de forma correta e consistente).<sup>47</sup> O compromisso com a teoria ideal *mesmo* diante de problemas e equívocos na sua aplicação fica assim explícito. Este é justamente o ponto em que Sunstein e Vermeule discordam radicalmente de abordagens normativas do tipo “first-best”. Mas aquele que é, de fato, o passo distinto dos autores diante de

46. Ronald Dworkin. *Uma Questão de Princípio*. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 36.

47. Tornando este ponto ainda mais explícito, Dworkin observou em outra oportunidade que: “We have no guarantee that the political principles that our judges deploy will be the right or best ones, or that they will articulate those principles consistently or coherently; indeed, since our judges disagree among themselves, we know that they cannot all be right and that they will not always be consistent. But the code of their craft promises, at least, that they will try” (Ronald Dworkin. The Judge’s New Role. Should Personal Convictions Count?, in: *Journal of International Criminal Justice*, v.1, n.1, 2003, p. 11).



um mesmo problema se perde quando se usa “capacidades institucionais” como simples atalho para o óbvio lembrete de que, quando a teoria encontra a prática, desvios e erros necessariamente vão ocorrer. Vale insistir que a discrepância entre condições ideais e condições reais de aplicação é um desafio permanente para *toda* teoria normativa; mesmo a variedade de formalismo preferida por Vermeule está sujeita a erros na aplicação.<sup>48</sup> Dois juízes que se dizem formalistas e concordam, em tese, com a primazia do texto legal sobre outras considerações podem, ainda assim, cometer equívocos na aplicação dessa teoria normativa. O que o argumento das capacidades institucionais nos permite fazer é dar um passo a mais e usar *variações* (para mais e para menos) nessa discrepância para criticar e até mesmo abandonar a melhor teoria em termos ideais em favor da “segunda melhor” teoria – isto é, aquela que não é idealmente a melhor, mas que, sob certas condições concretas de aplicação, gera consequências melhores no geral.

#### 4.1.2. Redundância

Uma segunda formulação problemática ocorre quando se recorre à idéia de capacidades institucionais simplesmente para fazer referência a categorias teóricas ou dogmáticas já conhecidas, tais como “separação de poderes”, “dificuldade contramajoritária” ou “discricionariedade técnica”. Aqui, a referência às capacidades institucionais é *irrelevante*, no sentido de que não agrega nenhum elemento novo ao debate. Ela expressa, na verdade, a tomada de empréstimo de um rótulo novo (e potencialmente mais atraente) para reposicionar no debate idéias e argumentos antigos. Isso ocorre quando se diz, por exemplo, *com base no texto de dispositivos constitucionais*, que o Congresso Nacional tem mais “capacidade institucional” para elaborar normas gerais e prospectivas, ou que o Poder Executivo tem mais “capacidade institucional” para representar o país junto à comunidade internacional. Todas essas considerações podem ser verdadeiras. Entretanto, é difícil saber o que ganhamos ao formulá-las em termos de “capacidades institucionais”, já que, aqui, a análise institucional se esgota em simples referências ao desenho *formalmente expresso* no texto constitucional. Considere, por exemplo, o célebre argumento construído no n. 78 dos *Artigos Federalistas* para defender a atribuição de poderes de controle de constitucionalidade ao Judiciário, pela razão de que este seria um poder sem “espada” (depende dos outros poderes para o emprego de forças armadas e policiais), nem “bolsa” (depende de recursos orçamentários

48. Para o formalismo proposto por Vermeule (e não compartilhado por Cass Sunstein), ver *Judging Under Uncertainty*, op. cit.

angariados e repassados pelos outros poderes).<sup>49</sup> Em certo sentido, trata-se de um argumento de bases contingentes, pois só é válido para determinados textos constitucionais, possuindo assim um componente importante de análise institucional. Mesmo assim, é um argumento *formal*, pois consiste basicamente em uma leitura das competências alocadas aos diferentes poderes no texto constitucional. Nesse sentido, é diferente do argumento das capacidades institucionais tal como reconstruído neste artigo.

Algo similar ocorre quando se afirma que o Judiciário tem menos “capacidades institucionais” para resolver questões políticas, pois não é um poder eleito. Aqui, a expressão é usada como atalho para tratar da chamada “dificuldade contramajoritária”. Grosso modo, trata-se da idéia de que, em um regime democrático, uma decisão judicial que vá contra juízos políticos, econômicos ou morais manifestados pelos poderes eleitos (Executivo e Legislativo) deve ser por definição encarada como suspeita, já que estaria subvertendo o rumo esperado do processo decisório em uma democracia.<sup>50</sup> Juízes não recebem mandato popular por meio do voto, nem podem ser responsabilizados politicamente se a maioria discordar de suas decisões – duas propriedades que o Presidente e os membros do Congresso Nacional possuem. Entretanto, formular essa preocupação em termos de “capacidades institucionais” é irrelevante para o debate. Nessa linha de argumentação, o componente de análise institucional (que de fato existe em algum nível) é bastante diferente da estrutura proposta por Sunstein e Vermeule. Pegam-se certas propriedades formais, extraídas diretamente do desenho previstos no texto constitucional, para então qualificar esses *inputs* textuais pelas lentes de certa concepção de democracia. O argumento, portanto, tem um componente textual e um componente de teoria política normativa.<sup>51</sup> Independentemente do mérito dessa estrutura de raciocínio, o fato é que estão ausentes dessas considerações os elementos consequencialista e empírico necessários para que o argumento das capacidades institucionais faça sentido.

Em outras formulações possíveis, o argumento não se sustenta primariamente em uma leitura do texto constitucional, mas em uma idealização/generalização de quais são as virtudes que os juízes, congressistas e administradores devem ter ou devem desenvolver no exercício de suas funções. Podemos incluir aqui afirmativas

49. Texto disponível online no Projeto Avalon da Faculdade de Direito da Universidade de Yale ([http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp)). Acesso em 11/07/2011.

50. A formulação clássica do problema é a de Alexander Bickel. *The least dangerous branch. The supreme court at the bar of politics*. 2ª. Ed. New Haven/London: Yale University Press, cap. I.

51. O argumento da “dificuldade contramajoritária” vem inclusive sendo questionado em bases empíricas. Ver, por exemplo, Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

segundo as quais o Poder Judiciário tem menos capacidade institucional de decidir questões técnicas complexas. As expectativas quanto a onde essas propriedades idealizadas serão ou não encontradas são, por certo, fundamentadas em aspectos do desenho institucional. Nesse sentido, um uso possível (e, mais uma vez, irrelevante) da noção de “capacidades institucionais” é como simples advertência sobre as consequências nocivas que podem advir de se confiar no Poder Judiciário para tomar decisões sobre problemas que envolvem conhecimento técnico. Por exemplo, em meados do século passado, o jurista Themístocles Cavalcanti (já) observara que:

A prática não aconselha a interferência do Poder Judiciário em esfera estranha ao exame da legalidade, porque as razões de ordem técnica, estranhas ao conteúdo jurídico do ato, merecem muito melhor solução através de organismos próprios que possam apreciar se os meios empregados pela Administração foram os mais adequados, a justiça, a oportunidade e a conveniência do ato.<sup>52</sup>

O autor chama a atenção para um dado da realidade bastante plausível: juízes são bem treinados para resolver problemas jurídicos, mas, muitas vezes, misturados ao que consideramos como problemas jurídicos, estão questões técnicas que os magistrados não estão bem qualificados a enfrentar. Os profissionais que integram a Administração Pública, por outro lado, muitas vezes estão (ou ao menos deveriam estar) qualificados para a discussão e solução precisamente para problemas desse tipo. Seria este um argumento de capacidades institucionais no sentido de Sustain e Vermeule? Acreditamos que não. Sem dúvida, há afinidades entre o argumento de Cavalcanti e a idéia de capacidades institucionais. A perspectiva do autor, contudo, continua focada em casos concretos, e não no resultado agregado da atribuição, aos juízes, de competência para decidir determinadas questões.

Mais ainda, a comparação entre competências institucionais é estilizada. Parte-se de propriedades que se espera que essas instituições tenham, mas essa expectativa se funda em “tipos ideais” do Administrador e do Juiz. Não se investiga, por exemplo, quais os custos associados a se alocar essas questões técnicas exclusivamente para a Administração Pública, sem nenhum controle judicial. Uma teoria de tipo “second-best”, nos moldes descritos nas seções anteriores, analisa os custos associados à operacionalização, na prática, de várias alternativas decisórias diferentes, para então escolher aquela a que estão associados custos menores (sob um critério qualquer), *mesmo* que não seja a melhor em termos ideais. No fragmento transcrito acima, no entanto, fica-se com a impressão de que a teoria escolhida (mais especificamente, a postura institucional escolhida) é pura

52. Themístocles Cavalcanti, “O Princípio da Separação de Poderes”, in: Themístocles Cavalcanti, Carlos Medeiros Silva, Victor Nunes Leal, *Cinco Estudos*, FGV, Rio de Janeiro, 1955, p.18.

e simplesmente a teoria *ideal*: idealmente, questões que exigem expertise técnica são mais bem resolvidas por pessoas com treinamento técnico, treinamento esse que os juízes (mais uma vez, idealmente) não possuem.

Em síntese, em todos esses exemplos, o que ocorre é basicamente uma referência às regras que desenham as competências *formais* de cada um dos Poderes, ou, no caso dos argumentos da “expertise técnica” e da “dificuldade contramajoritária”, olhar para problemas concretos e perguntar que propriedades deveria ter a instituição *idealmente* qualificada para enfrentar uma dada tarefa ou responder a uma questão de política pública. Esse tipo de formulação não pode ser considerado como um argumento de capacidade institucional nos termos descritos nas seções anteriores. Nas hipóteses mencionadas, a categoria “capacidades institucionais” é irrelevante, na medida em que poderia ser substituída por outra(s), mais familiar(es), sem perda substancial para o processo de crítica ou a orientação das decisões de determinada instituição.

#### 4.1.3. *Absurdo*

Chamamos de absurdos os usos da expressão “capacidades institucionais” que não levam em conta as determinações razoavelmente claras das normas jurídicas que configuram as instituições existentes. Para usar um exemplo extremo, considere que, em termos estritamente consequencialistas, é possível que seja muito melhor para o país atribuir o processo de *impeachment* ao Supremo Tribunal Federal, e não – como disposto na Constituição - às duas casas do Congresso Nacional. Ou que o Judiciário adote uma teoria interpretativa segundo a qual apenas os direitos que envolvem abstenções por parte do Estado possam ser invocados em sede judicial. Essas teses, ainda que justificáveis fora dos limites do desenho institucional, são, porém, *puramente* consequencialistas, desvinculadas do direito positivo. Saber se ambas as posturas são defensáveis sobre as bases de *bons* argumentos consequencialistas é uma questão empírica que escapa dos limites deste trabalho. O que importa aqui é que, nesses casos, o raciocínio é claramente *contra legem* e, assim, incompatível com o argumento descrito nesse trabalho.

De fato, o que temos nessas hipóteses é uma espécie de pragmatismo jurídico radical, seja ele de primeira ou de segunda ordem, no qual a obediência ao direito só é obrigatória se e quando obedecer a normas jurídicas (seja no caso específico, seja no geral, dependendo de como se formule a teoria por trás do raciocínio) leva às melhores consequências.<sup>53</sup> Entretanto, se é verdade que o argumento das

53. Para diferentes aplicações de pragmatismo no debate normativo sobre a decisão judicial, ver Arguelles e Leal, 2009, op. cit.

capacidades institucionais *exige* a adoção do consequencialismo como premissa, também é verdade que ele não se confunde com a mera adoção irrestrita do raciocínio consequencialista em toda e qualquer situação. Afinal, não se trata de um argumento para *reforma* institucional livre de qualquer restrição jurídica, mas sim para alocação de poder no exercício da função jurisdicional dentro do marco institucional existente nos casos em que a resposta não está claramente determinada por normas jurídicas. Embora a “clareza” das determinações extraídas de normas jurídicas seja evidentemente um alvo móvel, capaz de gerar grande desacordo entre dois ou mais leitores dos mesmos textos legais, quem pretende usar um argumento de capacidades institucionais não pode reconhecer que as normas jurídicas vigentes dão alguma orientação e, apesar disso, descartá-las. Nos casos descritos acima, a expressão “capacidades institucionais” é empregada simplesmente para emprestar alguma credibilidade a um raciocínio prático-consequencialista que não está de fato comprometido com o direito vigente, configurando um uso que podemos chamar de “absurdo”.<sup>54</sup>

#### 4.2. A operacionalização do argumento e seus desafios

O argumento das capacidades institucionais se refere às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Ele é considerado um pressuposto, à luz dos limites e capacidades do Poder Judiciário em si e em comparação com outras instituições, para a seleção de métodos de decisão mais apropriados nos quais juízes podem se orientar para interpretar textos e tomar decisões confiáveis. Funciona como critério para apreciar possíveis metodologias de tomada de decisão, e não como argumento de primeira-ordem voltado para criticar ou justificar decisões institucionais específicas.<sup>55</sup> Pensar em capacidades institucionais significa, dessa forma, levar a sério as limitações e qualificações de uma determinada instituição no desenvolvimento de análises estáticas e dinâmicas relacionadas ao exercício de suas funções.

54. Vale enfatizar que os usos que aqui chamamos de banais, irrelevantes ou absurdos não devem ter entendidos como *erros* de substância argumentativa. Mesmo o qualificativo “absurdo” deve ser relativizado: são usos absurdos *se adotamos a matriz teórica* das capacidades institucionais conforme descrita nas seções anteriores. Portanto, não são equívocos na construção do argumento, mas sim na escolha do rótulo sob o qual ele deve ser apresentado. Uma vez que se compreenda exatamente qual a matriz teórica a que se reportam, eles podem fazer perfeito sentido e ser inclusive suficientes para nos convencer a abandonar ou adotar esta ou aquela teoria normativa. Mas é importante destacar que, nesses casos, a teoria que está operando em favor desse convencimento não é aquela descrita por autores como Sunstein e Vermeule.

55. Apesar disso, não será descartada de antemão a possível utilidade desse tipo de análise para orientar a solução de problemas de decisão de qualquer ordem ou natureza.

Os resultados dessa equação que considera provisões e restrições são usados, sobretudo, para fixar os limites *epistêmicos* e de *legitimidade* da instituição sob consideração. No primeiro caso, o argumento das capacidades institucionais foca os elementos que interferem nas habilidades cognitivas dos atores institucionais. Essas habilidades devem ser entendidas, aqui, no sentido mais amplo de condições para assimilar e processar informações. Elas se referem tanto às condições materiais reais como às habilidades e limites subjetivos e orgânicos existentes para que atores institucionais específicos possam obter, organizar, compreender dados e usá-los como fundamentos de ações, escolhas ou decisões. No segundo caso, o recurso às capacidades de uma determinada instituição tem por propósito definir se, dentro do arcabouço de limites e provisões fixados pelo desenho institucional vigente, essas ações, escolhas e decisões podem ser consideradas *juridicamente* aceitáveis. Essa condição de juridicidade deve também ser entendida em um sentido amplo, de modo a não excluir em princípio os impactos sobre as relações que as decisões jurídicas podem manter com outros domínios, como a política, a moral e a economia. A referida aceitabilidade de ações, escolhas ou decisões institucionais pode ser traduzida na *confiabilidade relativa* dos julgamentos normativos singulares e das análises informadas que os precedem em comparações atuais ou contrafactuais com alternativas endógenas (a aplicação, por exemplo, de outro método de decisão pela *mesma* instituição, mantidas constantes as suas capacidades) ou exógenas (a comparação com o resultado que possa ser oferecido por *outra* instituição à luz das suas capacidades).

Análises relativas às capacidades institucionais podem, então, envolver tanto considerações intra como interinstitucionais ou de ambas as naturezas. A dinâmica dessas análises deve considerar, por óbvio, tanto as provisões como as limitações das instituições envolvidas *em cada um dos diferentes cenários* sob consideração. Enfatizar apenas habilidades ou restrições pode ser decisivo para que uma alternativa de decisão seja sobrevalorizada ou para criar visões idealizadas de instituições (“nirvanas” institucionais). Ademais, argumentar com capacidades institucionais, como parece claro neste instante, depende necessariamente de análises empíricas. Considerações estritamente normativas ou sistemáticas desvinculadas dos seus efeitos concretos sobre instituições específicas enfraquecem ou mesmo invalidam um argumento dessa natureza. Para que a expressão “capacidades institucionais” não seja, então, supérflua é preciso que as habilidades e limites possam ser, de alguma forma, empiricamente mensuráveis. Mas isso não esgota o âmbito de análise. Afinal, quando se fala em “habilidades e limitações” o que está por trás? O que devemos levar em conta em uma análise relativa às capacidades institucionais? A primeira diferenciação que se deve fazer diz respeito à definição dos limites. O direito é, por definição, um domínio limitado, porquanto triplamente condicionado. Essas limitações podem ser classificadas como extrínsecas, intrínsecas e

institucionais. Para análises relativas às capacidades institucionais apenas as terceiras são relevantes. As outras duas não estão incluídas *diretamente* na definição das capacidades específicas de uma determinada instituição, uma vez que afetam igual e necessariamente as capacidades epistêmicas de todos os atores que atuam dentro de certa instituição e dos outros atores que atuam em outras instituições que com ela se relacionam.<sup>56</sup>

As capacidades de uma instituição são naturalmente afetadas tanto por fatores subjetivos como objetivos. No primeiro caso, a definição dos méritos e deméritos de uma instituição está relacionada à sua imagem perante outros atores institucionais e cidadãos. A confiabilidade de uma instituição é, nessa dimensão, determinada pelo sentimento de que ela é mais apta para decidir certas questões relativamente a outras. Esse sentimento não precisa ser necessariamente informado por elementos que integram as capacidades objetivas das instituições envolvidas, mas pode ser circunstancialmente definido apenas em razão da reputação social ou da postura dos seus membros. A presença de simples indícios de corrupção no âmbito de certa instituição é exemplo de tradicional fator que pode afetar sua confiabilidade e, por isso, a sua capacidade para lidar de forma neutra com certos assuntos ou buscar a realização de certos objetivos. No plano objetivo, por sua vez, a mensuração das capacidades institucionais se orienta no arranjo institucional desenhado e no aparato físico disponível para que uma instituição possa exercer as suas funções e realizar os seus objetivos.

Uma possível explicação para a importância dos elementos objetivos das capacidades institucionais decorre da crença de que o desenho institucional é um mecanismo sofisticado de administração de confiança e de desconfiança entre tomadores institucionais de decisão e que, por isso, é capaz de fornecer elementos não-subjetivos para reforçar a confiabilidade ou compensar a desconfiança por trás de uma instituição. É como se fosse impossível inferir das regras de desenho institucional que, em relação à promoção de determinadas finalidades, o planejamento social “acredita mais na instituição X”, “desconfia mais da instituição Y”

56. Os limites extrínsecos são os que necessariamente atuam sobre elementos constitutivos do direito ou afetam a sua implementação e efetividade. Nesse contexto, os limites mais importantes são os que decorrem diretamente das patologias da linguagem, das capacidades limitadas do raciocínio humano, da escassez de recursos e das influências das emoções e do auto-interesse sobre processos argumentativos e decisórios. Os limites intrínsecos se referem às restrições cognitivas causadas ou vieses criados por elementos do *próprio direito*, como a necessidade de referibilidade ao material jurídico preexistente, as limitações típicas do procedimento jurídico de tomada de decisão, invariáveis independentemente de opções políticas específicas (como a presença de limites temporais para a apresentação de argumentos e para a decisão, a orientação das partes em seus próprios interesses, a existência de ônus de prova e de argumentação e a distribuição assimétrica de papéis em alguns contextos, como o processo penal) e os filtros que impedem (pelo menos em alguma medida) a consideração de fatos, dados, métodos e normas sociais válidas ou outras fontes de decisões relevantes em outros campos do conhecimento.

etc. e que, em função desses sinais e visando a administrar tais relações, o sistema jurídico é moldado. Mais ou menos poder e mais ou menos discricionabilidade são, assim, funções do grau de confiança pressuposto para diferentes instituições. E é em função desse grau de confiança que são definidas as competências e os objetivos a serem realizados por cada instituição em uma determinada ordem jurídica. Por isso, a referência a aspectos institucionais objetivos visa a mostrar que as decisões de certa instituição merecem credibilidade porque tanto o desenho como a realidade institucional estabelecem condições para que ela possa tomá-las da melhor maneira possível em comparação com outras instituições.<sup>57</sup>

Essas observações não definem, contudo, o que deve ser objetivamente considerado na determinação das capacidades de diferentes instituições. Por esse motivo, visando a lidar com tal dificuldade, acreditamos que as capacidades objetivas podem ser concretamente definidas em função de dois grandes grupos. Cada instituição tem capacidades *funcionais*, relacionadas ao arranjo dentro do qual operam, às finalidades para as quais foram concebidas e às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por ex, juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal), definidas, sobretudo, em função da sua formação. Além disso, cada instituição tem capacidades *materiais*, relacionadas ao aparato técnico-administrativo que a integra e aos recursos disponíveis para efetivar transformações. As capacidades institucionais materiais se referem, assim, a elementos como a estrutura física, a quantidade e formação do corpo funcional de apoio (assessores, escreventes, técnicos etc.), o orçamento disponível e tudo o mais que diga respeito à estrutura administrativa da instituição. Por sua vez, as capacidades institucionais funcionais podem ser subdivididas em *jurídicas* e *epistêmicas*. No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento de informações desenvolvidos internamente.

## 5. CONCLUSÃO

Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza - sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional – é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais. A análise comparativa orientada pela definição das capacidades institucionais parte dessa premissa e tenta

57. Sobre as referidas relações entre desenho institucional, confiança e a seleção de métodos de interpretação cf. Scott Shapiro. *Legality*, op. cit. cap. 12 e 13.



fornecer um esquema argumentativo específico para fundamentar a seleção de posturas e métodos de decisão mais apropriados para cada instituição em razão dos seus méritos e restrições funcionais e materiais. Esse esquema pressupõe lugares-comuns de uma leitura institucionalista da distribuição e da organização do poder em um Estado constitucional de direito, mas ergue a pretensão de originalidade ao conjugá-los com os teoremas fundamentais de uma concepção de racionalidade do tipo *second-best* e preocupações com os efeitos dinâmicos das teorias em exame. Dessa forma, o esquema se preocupa basicamente com as decisões de segunda-ordem efetuadas por diferentes instituições e é avesso a conceitualismos e idealizações. O que pode ser considerado como apropriado ou não é definido em função da aptidão para reduzir ou manter sob controle as chances de erro e os custos decisórios em um ambiente de tomada de decisão marcado pela incerteza e no qual instituições menos capacitadas podem assumir os ônus de controlar e revisar as escolhas feitas por outras.

A operacionalização de tal esquema de argumentação não é simples. Com efeito, empreender a análise consequencialista proposta pelo argumento requer aportes empíricos muito além de intuições e fatos notórios, já que a valoração das diferentes alternativas de comportamento disponíveis a cada instituição exige a definição das suas capacidades *reais*. Mesmo se deixarmos de lado as importantes críticas normativas que podem ser feitas à própria adoção de uma estrutura consequencialista de raciocínio (ainda que vinculada ao direito vigente), é questionável se as exigências empíricas pressupostas por esse tipo de raciocínio podem ser superadas na prática.<sup>58</sup> Nesse cenário, a tentativa de resolver problemas interinstitucionais por meio de análises comparativas orientadas nas capacidades de cada instituição é uma aposta. Os possíveis ganhos, porém, estão atrelados à implementação perfeita de um método que, por enquanto, sustenta-se apenas sobre a plausibilidade teórica dos seus pressupostos. Nesse aspecto, o método de justificação de comportamentos institucionais informado pelas capacidades reais de diferentes instituições não se torna tão diferente de outras propostas teóricas desenvolvidas para orientar a solução de tensões, por exemplo, entre o Legislativo e o Judiciário ou entre este e Agências Reguladoras. Mesmo assim, a efetivação dessa aposta não se esgota na mera referência nominal ao esquema de argumentação ou ao texto de Sunstein e Vermeule. No caso das capacidades institucionais, sem o comprometimento em torno das tarefas de coleta e processamento consistente dos dados demandados e, posteriormente, de valoração das alternativas de decisão a partir daquele conjunto, a referência às capacidades de instituições em

58. Para uma interessante crítica das premissas consequencialistas de teorias como a de Sunstein e Vermeule, ver Márcio Grandchamp, “The New Chicago School”, op. cit..

tensão pode levar à sustentação de teses banais, redundantes ou mesmo absurdas. As conseqüências dinâmicas, para usarmos um dos elementos do método, dessa prática são perversas. No primeiro caso, o argumento perde, sobretudo, em relevância; no segundo, em originalidade; no último, em confiabilidade.

As possíveis dificuldades operacionais do esquema argumentativo – cuja comprobabilidade, a nosso ver, depende não apenas de análises conceituais, mas também de considerações empíricas relacionados aos efeitos vinculados ao preenchimento das exigências pressupostas pelo método – não devem, no entanto, ser consideradas como razões *definitivas* (i) contra a comparação de habilidades e limitações que afetam as capacidades de exercício adequado das competências de instituições reais, ou (ii) contra pensar os efeitos dinâmicos das escolhas institucionais. Certamente o esquema de justificação sintetizado na fórmula “capacidades institucionais” pode contribuir, no mínimo, para que os métodos considerados tradicionais entre juristas para a solução de disputas interinstitucionais – que se desenvolvem sob disputas conceituais, construções teóricas, idealizações e a percepção estática das questões que conduzem às tensões entre instituições – possam incorporar mecanismos reflexivos sobre as condições reais de implementação de suas propostas. Nesse sentido, reconhecemos, o grande mérito de se empreender análises institucionais comparadas talvez não seja realmente muito inovador. Fica perigosamente próximo da banalidade, nos termos que descrevemos neste artigo: trata-se da ideia de que as pretensões de universalidade de certas soluções encontram limites na própria realidade e, adotando-se ou não uma estrutura “second best” de raciocínio, o mínimo que uma teoria deve fazer é refletir sobre as decisões de segunda ordem que serão necessárias para sua implementação em condições não-ideais. Se o esquema argumentativo vinculado à expressão “capacidades institucionais”, contudo, puder – como promete – contribuir para tornar mais concreta e informada nossa percepção desses limites e *excluir* alternativas de decisão inviáveis, sua utilidade já estará fora desse limiar perigoso. Já será muito. Se for igualmente capaz de apontar soluções positivas para reduzir ou justificar tensões interinstitucionais, melhor ainda.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. In: *ARSP*, vol. 95, nr. 2, pp. 151-166, abr. 2009 [Versão em português: ALEXY, Robert, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 253, pp. 9-30, janeiro/abril 2010].

- ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Consequencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.
- ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 171-211.
- BÄCKER, Carsten. *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- BARBOSA, Rui. *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Vol. I. Typographia do Jornal do Commercio, 1910.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *Revista Jurídica da Presidência* nr. 96, vol. 12, pp. 3-41, 2010.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The supreme court at the bar of politics*. 2ª. Ed. New Haven/London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 739-760.
- CAVACANTI, Themístocles. O Princípio da Separação de Poderes. In: CAVALCANTI, Themístocles, SILVA; Carlos Medeiros; LEAL, Víctor Nunes. *Cinco Estudos*, FGV, Rio de Janeiro, 1955.
- COOTER, Robert D. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: Por um *Amicus Curiae* Regulatório, In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n.20, nov/dez/jan 2009/2010. Texto disponível em <http://www.pdfdownload.org/pdf2html/pdf2html.php?url=http%3A%2F%2Fwww%2Edireitodoestado%2Ecom%2Frevista%2FREDAE%2D22%2DMAIO%2D2010%2DANDRE%2DRODRIGUES%2DCYRINO%2Epdf&images=no>. Acesso em 11/07/2011.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. The Judge’s New Role. Should Personal Convictions Count?. In: *Journal of International Criminal Justice*, v.1, n.1, pp. 4-12, 2003.

- EGIDI, Massimo und MARRIS, Robin (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992.
- FISS, Owen. Models of Adjudication. In: *Cadernos DIREITO GV*. Seminários – n.08, São Paulo, pp.13-14, Novembro de 2005, pp. 3-57.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act. In: DROBAK, John N. (Org.). *Norms and the Law*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 139-160.
- FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, pp. 353-409, 1978.
- GRANDCHAMP, Márcio. *The New Chicago School*. Trabalho apresentado no Seminário de Pesquisadores da FGV DIREITO RIO em 03 de Setembro de 2008.
- GREENAWALT, Kent. Policy, Rights, and Judicial Decision. In: COHEN, Marshall (Org.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, 1983, pp. 88-118.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: \_\_\_\_\_. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, pp. 53-125.
- KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Variants of Uncertainty, in: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Org.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 509-520.
- KINGAL, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 28, pp. 409-441, 2008.
- LEAL, Fernando. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.
- LIPSEY, R.G. e LANCASTER, Kevin. The General Theory of Second-Best. In: *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1, pp. 11-32, 1956-1957.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1974.
- LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: BUBNER, Rüdiger; CRAMER, Konrad; WIEHL, Reiner (Org.). *Neue Hefte für Philosophie*, Heft 20. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, pp. 1-30.
- MacCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. In: *NYU Law Review*, vol. 58, pp. 239-258, 1983.

- \_\_\_\_\_. *Institutions of Law*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.
- PARISI, Francesco. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making. In: *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University School of Law, n. 00-42, nov. 2000.
- POSNER, Richard. Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 952-971, fev. 2003.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 311-322.
- SHAPIRO, Martin. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1991.
- SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 245, pp. 1-41, maio/junho/julho/agosto 2007.
- SEN, Amartya. Utilitarianism and Welfarism, in: *Journal of Philosophy*, v.76, n.09 (sep/1979), pp. 463-489.
- SEN, Amartya e WILLIAMS, Bernard. Utilitarianism and Beyond, in \_\_\_\_\_. (Org.) *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1, pp. 99-118, fev. 1955.
- SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.
- STRUCHINER, Noel. Formalismo Jurídico. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006, p. 363-366.
- \_\_\_\_\_. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a Dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 463-482.
- VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Revista Versus*, pp. 1-10, ago. 2009.



# X

## ASPECTOS SEMÂNTICOS DE UMA CONTRADIÇÃO PRAGMÁTICA: ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* AMPLA DEFESA O *garantismo processual* sob o enfoque da filosofia da linguagem<sup>1-2-3</sup>

*Glauco Gumerato Ramos*

Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrando em Derecho Procesal na Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) e Panamericano (IPDP) de Direito Processual. Professor da Faculdade Anhanguera de Jundiaí. Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Direito, linguagem e os três planos fundamentais da semiótica: *sintática, semântica e pragmática* – 2. Dimensão *semântica* da Constituição e *dessintonia pragmática* na utilização do processo – 3. Ativismo judicial e *distorção do modelo pragmático* de processo – 4. Ativismo judicial *versus* ampla defesa – 5. O *garantismo processual* como fator de (re)equilíbrio entre os modelos *semântico e pragmático* de processo – 6. Fechamento.

### 1. DIREITO, LINGUAGEM E OS TRÊS PLANOS FUNDAMENTAIS DA SEMIÓTICA: *SINTÁTICA, SEMÂNTICA E PRAGMÁTICA*

O Direito é pura linguagem. A compreensão das estruturas linguísticas torna-se relevante para que se possa melhor compreender a dimensão e o alcance de seus fenômenos. O ordenamento jurídico positivo (=Constituição, Leis, contratos etc) é um emaranhado de *enunciados prescritivos* que, muito embora voltados a *orientar* e a *determinar* condutas, apresentam-se rigorosamente inertes diante da vida social. O Direito tornar-se-á algo concreto quando materializado através da linguagem (=ato de fala) externada pela autoridade estatal competente, por meio da sentença judicial e do ato administrativo. Quando isso acontece, torna-se norma

1. Palestra proferida no XXIV Congresso do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP) em 18 de abril de 2012, no Colégio de Agobados de La Plata, Argentina.
2. Agradeço ao amigo e conterrâneo HÉLIO OLIVEIRA MASSA, advogado e professor de direito civil, que gentilmente revisou o texto e lhe propôs mudanças significativas de conteúdo e estilo.
3. En este abril del año 2012, mi solidaridad al pueblo argentino, sus víctimas y veteranos en el marco de los 30 años de la Guerra de las Malvinas.

*individual e concreta* de observância obrigatória devido à força *vinculativa* própria do ontologicamente *jurídico*. Portanto, o Direito NÃO é algo *dado* (=entregue) pelo ordenamento jurídico, mas SIM algo *construído* através de um caminho dialético constitucionalmente marcado pela *ampla defesa* e pelo contraditório. Eis aí a função do *PROCESSO*: ser um caminho regrado por *ampla defesa* e contraditório através do qual será *construído* o Direito que deverá imperar num determinado caso concreto. O Direito não teria vida sem o processo; este, seria inútil se não fosse para *criar* aquele. E tudo isso passa pela dinâmica da linguagem.

Ferramenta importante no estudo da linguagem em geral, e da *jurídica* em especial, a SEMIÓTICA apresenta três planos fundamentais: a *sintática*, a *semântica* e a *pragmática*. Grosso modo, a *sintática* procura explicar o *conceito* do *enunciado prescritivo*; a *semântica*, por sua vez, explica os vários e possíveis conteúdos que pode assumir o *enunciado prescritivo*; a *pragmática*, por fim, procura explicar as relações havidas entre o *conceito*, seu(s) *conteúdo(s)* e a forma como se lhes aplicam seus utilizadores no mundo da vida. Deixando de lado a estrutura *sintática* que aqui não nos interessa, foquemos nosso discurso na análise *semântica* e *pragmática* do processo *jurisdicional* voltado à *criação* do Direito.

## **2. DIMENSÃO SEMÂNTICA DA CONSTITUIÇÃO E DESSINTONIA PRAGMÁTICA NA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO**

As Constituições políticas ocidentais positivadas após o flagelo da 2ª Guerra Mundial – via de regra – estabelecem *enunciados prescritivos* voltados a estabelecer *garantias* em favor do indivíduo e da sociedade contra a natural *arbitrariedade* que rege a condição humana. E sendo o Poder estatal exercido por pessoas humanas, é necessário que se estabeleçam *garantias* e que elas sejam concretizadas quando do exercício do Poder, de modo a se evitar, tanto quanto possível, que o Direito seja *criado* pela autoridade estatal fora dos padrões *garantistas* estabelecidos na Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 foi pródiga em estabelecer um modelo *semântico* onde o exercício do Poder só se justifica na perspectiva *republicana* e *democrática* por ela estabelecido. Em seu *núcleo duro* de prescrições de direitos, deveres e *garantias* fundamentais individuais e coletivas (=artigo 5º, incisos I até LXXVIII), a Constituição de meu país *prescreve* no mesmo nível jurídico-hierárquico a *jurisdição* (=Poder) e o *devido processo legal* (=Garantia). E mais. Também estabelece e *garante* ao indivíduo e à sociedade o direito fundamental à *liberdade* (=art. 5º, *caput*).

Portanto, *Jurisdição*, *Devido Processo* e *Liberdade* são valores jurídicos fundamentais *prescritos* na Constituição que devem orientar o desenvolvimento do



*processo jurisdicional de criação* do Direito que será representado na sentença criadora da norma individual e concreta a ser aplicada em determinada situação.

Tornou-se comum na doutrina brasileira a utilização do sintagma *modelo constitucional de processo*, cuja influência direta remonta à obra de ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA (= *Il modello costituzionale de processo civil italiano*, 1990). Este *modelo constitucional de processo* não é outra coisa senão o respectivo modelo *semântico* que se projeta da Constituição e que deve – ou deveria – orientar o modelo *pragmático* de processo praticado pelo Poder Judiciário, seja no civil, seja no penal.

Em miúdos: da Constituição transborda um modelo *semântico* de processo jurisdicional de inequívoco perfil *garantista* exatamente para que o exercício do Poder pelos juízes o seja efetivado dentro do marco *republicano e democrático* estabelecido nas *prescrições* constitucionais. Do contrário, será Poder exercido com subjetivismo. Do contrário, será Poder exercido com arbitrariedade. Do contrário, será Poder exercido conforme o sentimento pessoal de “justiça” de quem o exerce. Do contrário, será Poder exercido sem a *garantia* da imparcialidade. Do contrário, será Poder exercido em violação ao devido processo. Do contrário, será Poder exercido à margem do modelo *acusatório* (=autor *pede*, réu *defende-se*, juiz *julga*). Do contrário, será Poder exercido com violação à garantia da ampla defesa. *E così via!*

Pergunta-se: -- se o modelo *semântico* constitucional *garante* um processo republicano e democrático, (?) por que então o modelo *pragmático* do dia-a-dia do Poder Judiciário tantas vezes nos mostra que no *iter de criação* do Direito via *due proces of law*, a autoridade judicial “resolve” o processo da maneira que subjetiva e arbitrariamente lhe parece mais conveniente? Por que os juízes e os tribunais tantas vezes se esquecem da Constituição e da República em que vivem, e às quais estão subordinados, para “justiçar” o caso concreto – e respectivo procedimento decisório – conforme o próprio arbítrio?

Eis aí o aspecto *semântico* da uma CONTRADIÇÃO *pragmática* que, ao menos no plano do *jurídico*, não deveria ser usual. Ou, em outras palavras, o modelo *pragmático* de processo se contradiz quando posto à prova diante do modelo *semântico* de processo estabelecido pela Constituição.

### **3. ATIVISMO JUDICIAL E DISTORÇÃO DO MODELO PRAGMÁTICO DE PROCESSO**

Há várias causas que fomentaram o *ativismo judicial* reinante no processualismo iberoamericano, que nos interessa mais de perto em razão de nossas raízes

jurídico-culturais oriundas de *Sefarad*. A propósito, já há tempo venho pensando, e cada vez mais o tenho para mim, que a falta de sintonia entre o modelo *semântico* que se projeta da Constituição e o modelo *pragmático* do processo que praticamos, tem boa parte de sua etiologia radicada nos exatos 356 anos (1478-1834) que durou no mundo iberoamericano a fantasmagórica Inquisição Espanhola – “mãe regente” da Inquisição Portuguesa –, que certamente introjetou em nosso “DNA social” esse *temor reverencial* que a sociedade externa diante da figura da autoridade judicial, e que por vezes acaba por “justificar” arroubos de arbitrariedade. Apesar de não ser disso que trato aqui, deixo o ponto em suspenso para possível reflexão de quem assim o queria.<sup>4</sup>

Marco objetivo a construir a visão (ultra) publicista e autoritária do processo civil foi o CPC austríaco de 1895, cujo mentor fora FRANZ KLEIN. Assim observou em 1995 o (ex)professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari – falecido em abril de 2010<sup>5</sup> – FRANCO CIPRIANI, em seu hoje clássico texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra liberta e autorità)*.

Esse código austríaco inspirou o legislador na elaboração político-ideológica, por exemplo, do CPC alemão, do CPC italiano de 1940 – auge do nazi-fascismo naquele país, vale lembrar –, e, claro, do CPC brasileiro de 1939<sup>6</sup> e de seu sucessor de 1973<sup>7</sup>, o *Código Buzaid*.

4. Ainda sobre a influência da Inquisição Espanhola no modelo de processo que ainda hoje praticamos no ambiente iberoamericano, notadamente quanto ao protagonismo do juiz no cenário processual, cf. com muito proveito ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*, Editorial Juris : Rosario, 1ª edição, 2006, pp. 48-70.
5. Ver a homenagem póstuma que lhe prestou ANDREA PROTO PISANI em “Ricordando Franco Cipriani”, *Revista de Processo (RePro)* 187/435, set. 2010.
6. Na *Exposição de Motivos* do CPC-39, FRANCISCO CAMPOS deixa claro qual foi a opção política que orientou a estruturação daquele código. Uma leitura atenta dessa *Exposição de Motivos* chamará – creio eu – a atenção do leitor para os tópicos em que o respectivo discurso foi desenvolvido, por exemplo: “*Decadência do processo tradicional*”; “*O processo como instrumento de dominação política*”; “*A concepção dualística e a concepção autoritária do processo*”; “*Sentido popular do novo sistema*”; “*A restauração da autoridade e o caráter popular do Estado*”; “*A função do juiz na direção do processo*”; “*Chiovenda e a concepção publicística do processo*”. Além de outros, sob esses tópicos paradigmáticos o Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas sustentou a concepção (ultra)publicista e autoritária que deveria orientar o trato do processo civil de modo a se buscar os fins do Estado.
7. Quanto ao CPC-73, cf. ALFREDO BUZAID: “(...) ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros *modelos*, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX.”, extraído de “Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro – Conferência proferida na Universidade de Keyo (Tóquio)”, *Estudos e pareceres de direito processual civil* (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. Ver,

A conformação do modelo *arbitrário* e *autoritário* de processo civil incentivou a produção de uma doutrina maciçamente influenciada por esses valores. No Brasil, tanto na perspectiva do CPC-39, como do atual CPC-73, a matiz *publicista* sempre esteve na pauta das especulações da doutrina e da conseqüente casuística jurisprudencial.

Contudo, apesar da radical mudança de paradigma ocorrida posteriormente à 2ª Grande Guerra, onde – ao menos no mundo ocidental – criou-se uma ordem constitucional (=Constituições) e internacional (=Pactos Internacionais) democrática, toda essa influência acabou por projetar luzes no processo civil e no papel que o juiz deve exercer por seu intermédio. Daí surge a idéia do *devido processo* garantida constitucionalmente, com todos os consectários que esta cláusula constitucional impõe: *ampla defesa*, contraditório, imparcialidade, imparcialidade etc.

Mesmo diante de uma nova ordem de coisas, a doutrina tradicional do processo civil seguiu a produzir e a difundir as concepções publicistas do final do Séc. XIX, época em que amadurecia na Europa uma das vertentes do Estado Contemporâneo: o Estado do Bem-estar Social, ou *Welfare State*.<sup>8</sup>

Acredito que os processualistas do Estado Constitucional Democrático do pós-Guerra (re)incidiram numa confusão conceitual que lhes fez enaltecer o *publicismo-arbitrarismo-autoritarismo* do direito processual civil. A idéia de Estado do Bem-estar parece-me compatível com a postura – aqui sim – *ativa* que se espera do Estado-administrador (=Poder Executivo) e do Estado-legislador (=Poder Legislativo) na perseguição e concretização de políticas públicas voltadas ao atendimento das necessidades fundamentais do indivíduo e da coletividade. Agora, quando o problema extrapola o âmbito das *prescrições* do direito material, e tenha que ser resolvido nos quadrantes do processo jurisdicional, não parece seja correto que a pessoa física detentora do poder que é próprio do Poder Judiciário (=o juiz) possa pautar sua conduta com arroubos *ativistas*. Ao menos no ambiente republicano e democrático, ativismo é um atributo *político* do Estado (=Executivo e Legislativo) que não pode corresponder às funções do juiz (=pessoa física). O juiz *ativista* é juiz *político*, e “juiz político” ontologicamente não é juiz. Ora, se a função jurisdicional tem como seus atributos a *imparcialidade* e a *imparcialidade*,

ainda, da pena do mesmo BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Capítulo II – Do sistema do Código de Processo Civil vigente, nº 3.

8. Sobre a idéia de Estado Contemporâneo e Estado do Bem-estar, ver NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO, *Dicionário de política*, vol.1. Brasília: Ed. UnB, 1997, 10ª ed., pp. 401-409 (Estado Contemporâneo) e 416-419 (Estado do Bem-estar).

tais qualidades não se compadecem com o eventual – e dogmaticamente equivocado, com todo respeito – exercício *político* da função jurisdicional.

Se em linhas gerais o *ativismo judicial* fomenta e viabiliza o protagonismo do juiz no processo de *criação* do Direito, fica fácil de notar que por sobre a *liberdade* dos litigantes, e até mesmo por sobre o *devido processo legal* (=Garantia), o *leitmotiv* que determinará o discurso motivador da decisão judicial será o próprio *arbitrio* e subjetivismo da autoridade estatal responsável pelo respectivo “ato de fala”. E toda vez que isso acontece oprime-se o modelo *semântico* do processo jurisdicional *garantista, democrático e republicano* que da Constituição se projeta.

A partir dessa análise se constata que o modelo *pragmático* de processo – civil ou penal – acaba subjugando o modelo *semântico* prescrito no plano constitucional. Nesse momento, o *jurídico* transforma-se no *político*; o juiz, que por definição é a autoridade estatal que deve legitimar sua decisão de *criação* do Direito a partir de *enunciados prescritivos* (=constitucionais e infraconstitucionais), transforma-se num agente concretizador das *prescrições* derivadas do próprio *arbitrio*. Ou seja, ignora-se o modelo *semântico* constitucional com subterfúgios juridicamente ilegítimos que consagram um processo jurisdicional refém de um modelo *pragmático* rigorosamente dissociado dos *enunciados prescritivos* republicanos e democráticos pré-estabelecidos. E a Constituição, que dentre suas funções também atua – ou deveria atuar – como fator de contenção do Poder, acaba sendo, ela própria, uma justificativa espúria e sofismática para concretização das ideologias da autoridade estatal responsável pelo “ato de fala” por intermédio do processo jurisdicional.

A experiência nos mostra que é mais comum do que deveria ser essa distorção na ordem das coisas, onde o mundo “prático” do processo nem sempre coincide com o mundo “idealizado” na Constituição que, em última análise, representa as próprias diretrizes que a sociedade constitucionalmente organizada se impôs. A realidade do Poder Judiciário, lamentavelmente, nos mostra isso de forma bastante visível.

#### 4. ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* AMPLA DEFESA

Não há dúvida de que a *ampla defesa* é uma das decorrências do princípio maior do *devido processo legal*, de inequívoco nível constitucional. É ela, a *ampla defesa*, uma *garantia* a ser observada-viabilizada-concretizada pela autoridade estatal de maneira prévia ao “ato de fala” representativo do Poder. Insista-se no ponto: o Poder estatal só poderá ser exercido APÓS o exercício da *ampla defesa* pelo seu destinatário. Foi essa a nossa opção constitucional! Do contrário, é Poder decretado com autoritarismo e arbitrariedade eis que exercido fora do *devido*

*processo legal*, e isso passa ao largo do modelo *semântico* de processo *prescrito* na Constituição.

Daí surge a pergunta: -- o ativismo judicial é constitucionalmente compatível com a *ampla defesa*? Ou, perguntado de outra maneira, o ativismo judicial é uma contradição diante da *garantia* constitucional da *ampla defesa*?

Em primeiro lugar tenhamos em mente – em definitivo – que a *ampla defesa* não é um favor que o Estado nos confere, mas uma *garantia* constitucional decorrente do devido processo que é um dos fatores de legitimidade do processo jurisdicional de *criação* do Direito e do próprio exercício do Poder estatal. Em segundo lugar, tenhamos em mente – também em definitivo – que a *ideologia* do ativismo judicial viabiliza posturas mais incisivas, autoritárias e arbitrárias do juiz e do Poder Judiciário no curso do processo de *criação* do Direito, seja quanto ao manejo do procedimento que leva ao “ato de fala” (=sentença judicial) representativo do Poder, seja quanto à própria configuração do Direito *criado* através desse processo. Em suma, o ativismo judicial afeta o conteúdo dogmático da teoria da decisão judicial *republicana* e *democrática* e com isso acaba “criando” um modelo *pragmático* de processo apartado do modelo *semântico* decorrente dos *enunciados prescritivos* contidos na Constituição.

Estabelecidos estes parâmetros (= *ampla defesa* como *garantia* prévia; ativismo judicial como fator ideológico determinante a motivar postura mais incisiva, autoritária e arbitrária do titular do Poder jurisdicional), temos que a *ideologia* do ativismo judicial é capaz de subverter a *garantia* constitucional da *ampla defesa*. E isso, a mim me parece, nos é revelado inclusive de maneira intuitiva.

Num processo jurisdicional de arquétipo *acusatório* (=autor *pede*; réu *defende-se*; juiz *julga*), tal como o é o estabelecido no modelo *semântico* constitucional, NÃO se pode supor que seja *constitucionalmente* possível que no processo jurisdicional de *criação* do Direito possa a autoridade judicial pautar-se de forma *incisiva* (=verticalmente contundente), *autoritária* (=ultrapassando os limites do poder que lhe é conferido pela Constituição) e *arbitrária* (=agindo subjetivamente, fora das *prescrições* democráticas e republicanas). Atuação da autoridade judicial nesse sentido é motivada pela própria ideologia e configura o ativismo judicial que fomenta o modelo *pragmático* de processo jurisdicional dissociado do modelo *semântico* estabelecido constitucionalmente.

O conteúdo *semântico* da categoria jurídico-processual-constitucional da *ampla defesa* pode ser vislumbrado sob dois aspectos distintos, porém, complementares: i) *defensivo-intersubjetivo* e ii) *defensivo-jurisdicional*.

O aspecto *defensivo-intersubjetivo* está relacionado à *ampla defesa* como garantia do litigante (=autor, réu e também terceiro interveniente) contra as alegações e/ou pretensões contra si dirigidas por outros atores da cena processual. Já o *defensivo-jurisdicional* é a garantia da *ampla defesa* em sua dimensão voltada ao próprio exercício do Poder representado nos “atos de fala” *incidentais* (=decisão interlocutória) ou  *finais* (=sentença dos juízes e/ou dos tribunais), e aqui poderá ter o perfil de *recurso* (=v.g., apelação) ou de *ação autônoma de impugnação* (=v.g., ação de mandado de segurança, *acción de amparo*, ação de *habeas corpus* etc).

A *ampla defesa* é uma categoria jurídica *garantida* constitucionalmente para que os demandantes em geral possam voltar-se – no curso do processo jurisdicional – contra a parte contrária (=aspecto *defensivo-intersubjetivo*) e contra a própria decisão e/ou procedimento de *criação* do Direito (=aspecto *defensivo-jurisdicional*). Logo, o ativismo judicial que viabiliza a atuação *incisiva-autoritária-arbitrária* do detentor do Poder é uma contradição técnica quando confrontado com a *ampla defesa*. É claro que a *ampla defesa* também existe para que o jurisdicionado se volte, inclusive, contra posturas judiciais *ativistas*. Mas o fato é que num processo jurisdicional de perfil constitucional *acusatório* o único adversário do demandante deve – ou deveria – ser a *parte contrária*, e nunca o juiz *ativistas*. Um processo desenvolvido nesse modelo *pragmático* é um processo de perfil *inquisitivo* incompatível com as *garantias* pré-estabelecidas no modelo *semântico* que as Constituições modernas asseguram ao jurisdicionado.

Portanto, sendo o *ativismo* um fator de rompimento da *imparcialidade* judicial por autorizar o juiz a investir *inquisitivamente* sobre a relação processual e respectivos sujeitos (=autor e/ou réu), parece evidente que a *ampla defesa* constitucionalmente garantida acaba por ter sua força *esvaziada*. Se levarmos em conta que o processo jurisdicional de *criação* do Direito desenvolve-se pelo menos em duas instâncias (=perante o juiz e, interposto recurso, perante o tribunal), teremos que aceitar a conclusão de que as atitudes *ativistas* oprimem a *ampla defesa*, tornando-a uma *garantia* constitucional lamentavelmente enfraquecida.

Em suma: o ativismo judicial gera a esqualidez não apenas da *ampla defesa*, mas de todo o modelo *semântico* de perfil *garantista* que a Constituição viabiliza ao jurisdicionado.

## **5. O GARANTISMO PROCESSUAL COMO FATOR DE (RE)EQUILÍBRIO ENTRE OS MODELOS SEMÂNTICO E PRAGMÁTICO DE PROCESSO**

Falar em (re)equilíbrio entre os planos – ou modelos – *semântico* e *pragmático* do mundo jurídico deveria ser algo próprio das especulações teóricas, já que a

idéia de *vinculatividade*, ínsita ao que é *jurídico*, lhe pertence e isso deve gerar correlação entre o que está *prescrito* e aquilo que é *praticado*, até mesmo para que se viabilize a segurança jurídica que as coisas do Direito devem proporcionar ao indivíduo e à sociedade democraticamente organizada. Logo, seria natural que o modelo *semântico* de processo jurisdicional que transborda da Constituição fosse determinante no desenvolvimento e na dinâmica do modelo *pragmático* operado pelo juiz e pelo jurisdicionado. Mas não é bem assim que o fenômeno processual ocorre, como sabemos.

O baixo grau de intensidade na correlação entre os modelos *semântico* e *pragmático* do processo jurisdicional é responsabilidade direta da autoridade jurisdicional competente para o “ato de fala” de *criação* do Direito num determinado caso concreto. Toda vez que o juiz entende-se autorizado a atuar de maneira incisiva, autoritária e arbitrária, ainda que o faça com a melhor das intenções e para satisfazer seu sentimento pessoal de “justiça”, estará valendo-se do Poder que lhe é próprio fora dos quadrantes *limitativos-autorizativos* pré-estabelecidos no plano constitucional que foi – como procurei assinalar – pródigo ao *prescrever* o ambiente democrático e republicano em que optamos por viver.

Deixando de lado os vários aspectos teóricos em torno do *garantismo processual*, em linhas gerais pode-se entendê-lo como o movimento dogmático voltado a estudar e propor que a utilização e o manejo do processo civil pelo juiz e pelo jurisdicionado, o seja na perspectiva das garantias *prescritas* no modelo *semântico* constitucional de processo jurisdicional, sem que por razões outras que não as expressamente previstas na Constituição possa a *jurisdição* (=Poder) subjugar, tergiversar ou se apartar do rigoroso cumprimento do *devido processo legal* (=Garantia).

É verdade que boa parte dos códigos de processo civil dos países latinoamericanos foram legislativamente elaborados na perspectiva (ultra)publicista que caracteriza o ativismo judicial, que continua a orientar o plano *pragmático* do processo jurisdicional. Contudo, o fato é que as Constituições do período pós 2<sup>a</sup> Guerra têm primado pela elaboração de uma ordem constitucional que viabiliza a contenção do Poder estatal, inclusive no que diz respeito ao processo jurisdicional de *criação* do Direito. A previsão do *enunciado prescritivo* contido no inciso LIV, do art. 5<sup>o</sup>, da Constituição brasileira é uma demonstração dessa opção política do poder constituinte originário: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”. E ainda que se tenha feito através de representantes, não nos esqueçamos de que o poder constituinte originário emana do povo.

Quanto mais o processo civil for pensado-reformulado-operado-concretizado nas diretrizes dogmáticas do *garantismo processual*, mais se viabilizará o

(re)equilíbrio entre os modelos *semântico* e *pragmático* de processo jurisdicional. Mais se estará aproximando o *prescrito* na Constituição (=democrática e republicana) com o *praticado* no processo de *criação* do Direito pelo Poder Judiciário.

## 6. FECHAMENTO

O processo civil com viés autoritário e arbitrário do modelo *pragmático* que praticamos não gera a solução dos problemas sociais, além de ser antidemocrático, antirrepublicano e de representar um hipertrofismo do Poder Judiciário contrário – ao também constitucional – *princípio da Separação dos Poderes*.

Nós, os processualistas, precisamos abdicar de nossa soberba e aceitar, uma vez por todas, que nem o *processo*, nem o juiz, tampouco o Poder Judiciário, podem viabilizar uma *pragmática* apartada das prescrições constitucionais. Até porque não seremos nós, tampouco o será a autoridade judicial, que redimiremos os “males” da vida em sociedade.

Por certo, há muito que fazer por intermédio do *jurídico* e do processo de *criação* do Direito. Mas que se o faça conforme as diretrizes do modelo *semântico* projetado desde a Constituição. A vida na democracia-republicana impõe que o Poder seja exercido dentro das garantias constitucionais.

Do contrário, continuaremos subservientes ao arbítrio e/ou ao sentimento coletivo que muitas vezes ignora os limites que nos impusemos através de nossas Constituições. Daí, o *devido processo legal*, tal como a própria “justiça”, passará do mundo terreno ao etéreo como algo que permanecerá guardado dentro de cada um de nós como sentimento pessoal irrealizável.



## DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	<b>Antônio Carlos Araújo de Oliveira</b>	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	<b>Antônio Ezequiel da Silva</b>	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	<b>Edvaldo Pereira de Brito</b>	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	<b>Elsior Moreira Alves</b>	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	<b>Geraldo Sobral Ferreira</b>	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	<b>Hermano Augusto Palmeira Machado</b>	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	<b>João Oliveira Maia</b>	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	<b>Jonhson Barbosa Nogueira</b>	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	<b>José Castro Meira</b>	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22/08/1980
10	<b>Paulo Roberto Bastos Furtado</b>	Juízo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
11	<b>Pedro Manso Cabral</b>	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22/08/1980
12	<b>Rogério Ataíde Caldas Pinto</b>	Empresa – Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22/08/1980
13	<b>Ruy Santos Tourinho</b>	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22/08/1980
14	<b>Arx da Costa Tourinho</b>	As Normas Constitucionais da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22/10/1980
15	<b>Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres</b>	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28/08/1981
16	<b>Francisco Wildo Lacerda Dantas</b>	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30/11/1984
17	<b>José Carlos Murtinho Nobre Gomes</b>	O Contrato de Know-how e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30/11/1984
18	<b>Silvia Campos França Conhin</b>	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30/11/1984
19	<b>Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro</b>	O Direito Tributário, o Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29/03/1985
20	<b>Sérgio Sanches Ferreira</b>	O Contrato Factoring – uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20/12/1985
21	<b>Rita de Cássia Simões Moreira Santos</b>	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28/05/1988
22	<b>Marcus Vinícius Americano da Costa</b>	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05/08/1988
23	<b>Ninaldo Aleluia Costa</b>	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05/08/1988
24	<b>Olindo Herculano de Menezes</b>	Retificação de Área	Hermano Machado	27/10/1989

\*. Da dissertação nº 1 à 25 não houve banca examinadora, apenas um parecer.

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
25	<b>Wilson Alves de Souza</b>	Terras Devolutas como Outro Tipo de Propriedade	Pedro Manso Cabral	22/12/1989
26	<b>Adroaldo Leão</b>	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresa	Orlando Gomes, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	18/10/1991
27	<b>Edmundo Cordeiro de Almeida</b>	Direito e Desenvolvimento	Hermano Machado, Sylvio Santos Faria, Nelson de Souza Sampaio	18/10/1991
28	<b>Nilza Rocha de Figueiredo</b>	O Contrato de Aprendizagem	Hermano Machado, Washington Trindade, Luiz de Pinho P. Silva	18/10/1991
29	<b>Douracy Soares</b>	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Washington Luiz da Trindade, Angelina Nobre Rolim, Hermano Machado	27/12/1991
30	<b>Jorge Luiz da Silva Machado</b>	Considerações Jurídicas e Seus Fundamentos Sócio-Econômico em Torno da Problemática do Usu do Solo Urbano.	Geraldo Sobral, Washington Trindade, Hermano Machado	27/12/1991
31	<b>Maria da Conceição Ferreira do A. Duarte</b>	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Antonio Maron Agle, Pedro Manso Cabral, Edvaldo Pereira de Brito	27/12/1991
32	<b>Mirian de Almeida Souza</b>	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Josaph Ramos Marinho	27/12/1991
33	<b>Sérgio Alexandre Meneses Habib</b>	A Dogmática Penal e As Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	José Candido de Carvalho Filho, George Frago Modesto, Adhemar Raymundo da Silva	27/12/1991
34	<b>Ana Francisca Pinto de Souza</b>	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Geraldo Sobral, José Abreu, Hermano Machado	14/02/1992
35	<b>Gilberto Gomes da Silva</b>	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Helio Brito, Washington Trindade, Geraldo Sobral Ferreira	21/10/1992
36	<b>Pedro Henrique Lino de Souza</b>	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Edvaldo Brito, Helio Brito, Hermano Machado	17/12/1992
37	<b>Perpétua Maria Vieira Figueiredo</b>	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Sylvio Farias, Washington Trindade, Hermano Machado	17/12/1992
38	<b>José Antônio Pereira Portela</b>	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Pedro Manso Cabral, Washington Luiz da Trindade, Hermano Machado	23/11/1994
39	<b>Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro</b>	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Octavio Benno Magano	23/11/1994
40	<b>Rubem Dário Peregrino Cunha</b>	A Proteção Administrativa do Consumidor	Alice Gonzalez Borges, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	23/11/1994
41	<b>Saulo José Casali Bahia</b>	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	José Joaquim Calmon de Passos Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	23/11/1994
42	<b>Paulo Vasconcelos Jacobina</b>	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos	10/05/1995
43	<b>Cícero Virgulino da Silva Filho</b>	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa Nas Audiências Preliminares da Justificação	Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	<b>Deraldo Dias de Moraes Neto</b>	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	<b>Jussara Maria Salgado Lobo</b>	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	<b>Heron José de Santana</b>	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	<b>João Augusto de O. Pinto</b>	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços Ante o Usuário-Consumidor	Antonio Carlos A. Oliveira, Luiz de Pinho P. da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	<b>Nilza Maria Costa dos Reis</b>	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José Abreu, Hermano Machado	05/09/1996
49	<b>João Vargas Leal Júnior</b>	O Contrato Bancário Frente Às Normas de Proteção ao Consumidor e Às Normas de Direito Econômico	Pedro Manso Cabral, Pedro Sampaio, Geraldo Sobral	14/05/1997
50	<b>Nágila Maria Sales Brito</b>	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	<b>Adão de Assunção Duarte</b>	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	<b>Paulo Roberto Lyrio Pimenta</b>	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	<b>José Diniz de Moraes</b>	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	<b>Pedro Braga Filho</b>	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado, Hermano Machado	26/03/1998
55	<b>Carlos Alberto Araçonga Dória</b>	Icms – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	<b>Andremara dos Santos</b>	Juiz: Senhor da Constituição? ( o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, Edvaldo Pereira de Brito	12/06/1998
57	<b>Durval Araújo Portela Filho</b>	Comentários à Lei Nº 9.457, de 05.05.97, Que Altera a Lei de Sociedade por Ações, com Ênfase para o Direito de Recesso de Acionistas dos Dissidentes	Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda, Geraldo Sobral Ferreira	24/07/1998
58	<b>Kadja Maria Ribeiro Parente</b>	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobras Ferreira, Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda	24/07/1998
59	<b>Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé</b>	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	<b>Sérgio Novais Dias</b>	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito, Geraldo Sobral, Odete Medauar,	27/07/1998

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
61	<b>Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes</b>	Concessão de Serviço Público: a Revivência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	<b>Roberto Cavalcanti Sampaio</b>	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999
63	<b>Adhemar Bento Gomes Filho</b>	Liberalização das Telecomunicações – o Direito Econômico na Transição para uma Nova Regulação de Mercado	Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	20/05/1999
64	<b>Dirley da Cunha Júnior</b>	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	<b>Vera Maria Veigand</b>	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	<b>Ricardo Cesar Mandarino Barreto</b>	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	<b>Antonio Augusto Brandão de Aras</b>	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, Roberto Rosas	12/05/2000
68	<b>Angélica de Mello Ferreira</b>	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Antonio Carlos A.Oliveira	19/05/2000
69	<b>José Gomes Brito</b>	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados Contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim Alessandra R. M. Prado, Paulo Queiroz	09/06/2000
70	<b>Mario Jorge Philocreon de Castro Lima</b>	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	<b>Celso Luiz Braga de Castro</b>	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes, Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	<b>Cláudio Alberto Gusmão Cunha</b>	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	<b>Sebastião Borges de Albuquerque Mello</b>	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	20/12/2000
74	<b>Monica Neves Aguiar da Silva Castro</b>	Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos	Washington Luiz da Trindade George F. Modesto, Maria Auxiliadora Minahim	01/02/2001
75	<b>Yuri Carneiro Coelho</b>	A Importância do Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático de Direito: Fundamentos para a Determinação de Seu Conteúdo Material	Maria Auxiliadora Minahim, George F. Modesto, Luiz Regis Prado	24/10/2001
76	<b>Robério Nunes dos Anjos Filho</b>	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	<b>Bruno Espiñeira Lemos</b>	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001

Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
78	<b>Marco Aurélio de Castro Júnior</b>	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	<b>Claudio Cairo Gonçalves</b>	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Cicero Virgulino da S. Filho	17/12/2001
80	<b>Francisco Bertino Bezerra de Carvalho</b>	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: Conflitos Entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	18/12/2001
81	<b>Cleonice de Souza Lima Santos</b>	Do Usufruto: Origem, Elementos Essenciais, Instrumentalidade e Aplicação no Direito Atual	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona	17/01/2002
82	<b>Fredie Souza Didier Júnior</b>	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Jose Joaquim Calmon de Passos	28/01/2002
83	<b>Milton Moreira de Oliveira</b>	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	<b>Selma Reiche Bacelar</b>	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	<b>Cinzia Barreto de Carvalho</b>	O Instituto da Conciliação em Matéria Trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na Perspectiva de Um Mercado.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Mário Pamplona Filho	31/07/2002
86	<b>Daniela Ferreira Marques</b>	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Luiz da Trindade, Juliette Robichez	08/08/2002
87	<b>Jayme Baleeiro Neto</b>	As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23/08/2002
88	<b>José Barroso Filho</b>	Dano Ambiental: Sanção	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	<b>Arthur de Oliveira Maia da Silva</b>	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o Enfrentamento Jurídico das Escolhas Trágicas	Edvaldo Pedreira de Brito, Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto	21/10/2002
90	<b>Luiz Cláudio Magalhães Madeira</b>	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade, Cicero Virgulino da S. Filho, Johnson Meira	25/10/2002
91	<b>Luciano Dorea Martinez Carreiro</b>	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	<b>Ronald Olivar Amorim e Souza</b>	Grève & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Johnson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	<b>Maria Paula Nogueira D'Ávila</b>	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade, Juliette M. M. Robiche, Johnson Meira	13/12/2002
94	<b>César Faria Júnior</b>	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crime Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	<b>João Carlos Macêdo Monteiro</b>	Natureza Jurídica das Relações Entre o Investidor e As Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edvaldo Pereira de Brito, Saulo José Casali Bahia	30/01/2003

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
96	<b>Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé</b>	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	<b>Denise L. Fontes Alberto Leopoldo</b>	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Carlos Ayres de Brito	28/04/2003
98	<b>Cecília Teixeira de Souza Oliveira</b>	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta, Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	<b>Auristela Oliveira Reis</b>	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	<b>Ana Paula de Almeida Lima Leal</b>	A Inversão do Ônus da Prova, à Luz da Ponderação de Interesses	Edvaldo Pedreira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Manoel Jorge e Silva Neto	21/05/2003
101	<b>Pompeu de Sousa Brasil</b>	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito, Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	<b>Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa</b>	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	<b>Itamar Jezler Campello</b>	Uma Análise do Teorema de Coase Aplicado Às Transações dos Efeitos Jurídicos em Casos de Reparação de Danos	Pedro Soares Sampaio, Luiz de Pinho Pedreira, Mário Rodrigues Barbosa	02/06/2003
104	<b>Pedro Lino de Carvalho Júnior</b>	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	<b>Ricardo Maurício Freire Soares</b>	Hermenêutica, Linguagem e Princípios: Repensando a Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	16/12/2003
106	<b>Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda</b>	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	<b>Reinaldo de Souza Couto Filho</b>	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mario Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	<b>Maria Elisa da Silva Villas-Bôas</b>	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos da Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.	Maria Auxiliadora Minahim, Vicente de Paula Barreto, Maria Theresa M. Pacheco	17/03/2004
109	<b>Antonio Lima Farias</b>	A Reforma Tributária em Face do Sistema Tributário Nacional no Estado Democrático de Direito.	Edvaldo Pereira de Brito, Paulo Lyrio Pimenta, Helena T. Torres	26/04/2004
110	<b>Rafael Carrera Freitas</b>	O Poder Normativo das Agencias Reguladoras: Um Mecanismo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo de Pereira Brito, Dirley Victor da Cunha Júnior	10/05/2004
111	<b>Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann</b>	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	<b>Eduardo Sodré</b>	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004

Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
113	<b>João Marinho da Costa</b>	A Propriedade e As Propriedades: Pesquisa da Aplicação da Tese de Salvatore Pugliatti – a Propriedade Sobre Bens Móveis e a Propriedade Sobre Bens Imóveis por Natureza (Propriedade do Solo)	Mario Rodrigues Barbosa, Hermano Machado, Jiliette Robiches	30/06/2004
114	<b>Sidney Pessoa Madruga</b>	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manoel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	<b>Camila Lemos Azi</b>	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa, Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Pamplona Filho	16/12/2004
116	<b>Antonio Oswaldo Scarpa</b>	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	<b>Gamil Foppel El Hireche</b>	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Juarez Cirino dos Santos	09/05/2005
118	<b>Cláudio Mascarenhas Brandão</b>	A Responsabilidade Objetiva do Empregador Decorrente do Acidente de Trabalho Nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira Santos	10/05/2005
119	<b>Pedro Alexandre de Araújo</b>	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. Mascarenhas	12/05/2005
120	<b>Maria da Graça B. de Athayde de A Varela</b>	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	<b>Leonardo Vieira Santos</b>	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	<b>Rosemília Dias da Silveira Tannus</b>	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim, Rosangela Lunardelli Cavallazi, Mônica Aguiar	03/06/2005
123	<b>Alvaro Emanuel de Oliveira Simões</b>	No Processo do Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira	06/06/2005
124	<b>Geisy Fiedra Rios P. de Almeida</b>	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
125	<b>Leonardo Tochetto Pauperio</b>	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Fragozo Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
126	<b>Julio Cezar Lemos Travessa</b>	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
127	<b>Lizea Magnavita Maia</b>	O Lado Oculto da Compreensão Jurídica: Um Estudo Sobre os Pressupostos Teóricos da Hermenêutica Filosófica e sua Influência na Interpretação dos Direitos Sociais.	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, José Antonio Saja	26/01/2006
128	<b>Nilson Roberto da Silva Gimenes</b>	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
129	<b>Clodoaldo Silva da Anunciação</b>	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
130	<b>Jaime Barreiros Neto</b>	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, José Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
131	<b>Maurício Souza Sampaio</b>	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Roberto Lyrio Pimenta	17/02/2006
132	<b>Pedro Leonardo Summers Caymmi</b>	As Concepções de Segurança Jurídica e suas Implicações na Delimitação da Tipicidade da Norma Tributária	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Raimundo Juliano R. Feitosa	13/03/2006
133	<b>Perpetua Leal Ivo Valadão</b>	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado, Solange Telles	12/05/2006
134	<b>Sara de Almeida Borges</b>	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF\88.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado Solange Telles	12/05/2006
135	<b>Pedro Pessoa Lepikson</b>	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	17/05/2006
136	<b>Ivana Carla C. de Macedo Senna</b>	O Dever de Informar na Relação Médico-Paciente – Reflexões Acerca da Humanização das Práticas Médica, Num Contexto Brasileiro à Luz da Bioética	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fátima Freire de Sá	25/05/2006
137	<b>Belmiro Vivaldo Santana Fernandes</b>	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em Decorrencia de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fatima Freire de Sa	25/05/2006
138	<b>Erica Vericia de Oliveira Canuto</b>	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
139	<b>Maurício Dantas Góes e Góes</b>	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
140	<b>Carlos Martheo C. Guanaes Gomes</b>	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
141	<b>Ludmyla Franca</b>	Entre o Nilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em Um Diálogo com As Idéias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Mário Pamplona Filho	05/07/2006
142	<b>Rodrigo Moraes</b>	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Pamplona Filho	06/07/2006
143	<b>Antonio Adonias Aguiar Bastos</b>	Natureza Jurídica da Decisão Lastreada no Art.273,& 6º, do Cpc: Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurídica Ou Resolução Parcial do Mérito ?	Rodolfo Pamplona Filho, José Joaquim Calmon de Passos, Edilton Meireles de Oliveira	19/07/2006
144	<b>Jose Amando Júnior</b>	Efeito Reflexo Cosntitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia, Paulo Pimenta, Germano Schwartz	21/09/2006
145	<b>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</b>	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006



Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
146	<b>Soraya Santos Lopes</b>	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas.	Edvaldo Brito, Marília Muricy, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
147	<b>Livia Maria e Sant'ana</b>	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	<b>Joseane Suzart Lopes da Silva</b>	Aumentos Abusivos das Mensalidades dos Planos de Saúde: Transgressão à Boa Fé e à Função Social do Contrato	Monica Neves Aguiar, Edvaldo Brito, Maria Lígia C. Mathias	14/11/2006
149	<b>Antonio Carlos Paula de Oliveira</b>	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade Pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006
150	<b>Wagner Mota Alves de Souza</b>	A Teoria dos Atos Próprios: Esboço de uma Teoria do Comportamento Contraditório Aplicada ao Direito.	Washington Luiz Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Mannrich	16/11/2006
151	<b>Rafael Menezes Trindade Barretto</b>	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	26/01/2007
152	<b>Rodrigo Bastos de Freitas</b>	Direito dos Índios e Constituição: os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção – História e Perspectivas	Saulo Casali, Heron José de Santana, Alexandre Tavessoni	09/02/2007
153	<b>André Luiz Batista Neves</b>	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
154	<b>Tarsis Barreto Oliveira</b>	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
155	<b>Marialva de Castro Calabrich Schluking</b>	A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações Sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Betina Treiger Grupenmacher	19/03/2007
156	<b>Iran Furtado de Souza Filho</b>	O Contrato de Leasing e a Responsabilidade Subsidiária com Benefício de Ordem do Arrendante Pelos Danos Causados a Terceiros Pelo Arrendatário.	Washington Trindade, Edivaldo Boaventura, Alirio Fernando B. de Souza	26/03/2007
157	<b>Roberto Levy Bastos Manatta</b>	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
158	<b>Renato Amoedo Nadier Rodrigues</b>	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alirio Fernando B. de Souza, Washington Trindade, Edivaldo Boaventura	02/04/2007
159	<b>Robson Sant'Ana dos Santos</b>	A Figura dos Administradores e sua Responsabilidade Face ao Artigo 135 do Código Tributário Nacional	Edvaldo Brito, Marciano Seabra Godoi, Dirley Cunha	23/04/2007
160	<b>Cristiane de Araújo Góes Magalhães</b>	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
161	<b>Lauricio Alves Carvalho Pedrosa</b>	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
162	<b>Flavia da Fonseca Marimpietri</b>	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. Veiga Pamplona, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	Ana Beatriz Lisboa Pereira	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luis Guilherme Marinoni, Rodolfo M. Veiga Pamplona	25/05/2007
164	Kamila Assis de Abreu	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varela	04/06/2007
165	Alessandro Ribeiro Couto	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, André Ramos Tavares, Dirley Cunha	06/06/2007
166	Fabio Periandro de A. Hirsch	Ofensa Reflexa à Constituição: Críticas e Propostas de Solução para a Jurisprudência Autodefesa do Supremo Tribunal Federal.	Dirley da Cunha Júnior, Fredie Didier Jr, André Ramos Tavares	06/06/2007
167	Michelle Crisitine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
168	Alassana Valdez	Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
169	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
170	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Comélulas – Tronco Embrionárias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
171	Emmanuel Vilár Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
172	Patrícia da Costa Santana	A Ponderação na Colisão Entre os Princípios da Proteção das Manifestações Culturais Religiosas de Matriz Africana e o da Proteção aos Animais	Saulo José Casali Bahia, Andreas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
173	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
174	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Nelson Mannrich, Washington Trindade	11/10/2007
175	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindde, Nelson Mannrich, Rodolfo M. V. Pamplona Filho	11/10/2007
176	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares	Fredie Didier Jr., Ana Paula M. da Costa e Silva, Roxana Cardoso B. Borges	22/10/2007
177	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida: Reflexões Sobre a ADPF N.º 54	Edvaldo Pereira de Brito, Fabiola Santos Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim	10/12/2007
178	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
179	<b>César Cintra Fonseca</b>	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Repensando a Dogmática Tradicional, na Sociedade de Riscos, para Garantia da Proteção Penal do Meio Ambiente	Alessandra Rapassi, Cláudio Alberto G. Guimarães, Maria Auxiliadora Minahim	21/12/2007
180	<b>Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves</b>	Penas Restritivas de Direito – Alternativa de Punição Justa: uma Análise dos Fins das Penas Restritivas de Direitos à Luz da Teoria Dialética Unificadora da Claus Roxin	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Alberto G. Guimarães, Alessandra Rapassi	22/12/2007
181	<b>Kaline Ferreira Davi</b>	A Dimensão Política da Administração Pública sob a Ótica de um Direito Administrativo Constitucionalizado	Celso Luiz Braga de Castro, Francisco de Q. B. Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
182	<b>Sérgio Neeser Nogueira Reis</b>	Limitações Jurídicas os Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
183	<b>Carlos Frederico Guerra Andrade</b>	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	<b>Atila Djawara Moreira Ferreira</b>	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008
185	<b>Jailson de Souza Correa</b>	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Heron José de Santana, Hédio Silva Junior	28/03/2008
186	<b>Ilzver de Matos Oliveira</b>	O Discurso do Judiciário sobre as Ações Afirmativas para a População Negra na Bahia	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, Eunice Aparecida J. Prudente	28/03/2008
187	<b>Irena Carneiro Martins</b>	A Importância da Limitação da Responsabilidade de Sócios e Delimitação da Responsabilidade de Administradores para as Relações Econômicas no Ordenamento Brasileiro	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Marcia Carla Pereira Ribeiro	31/03/2008
188	<b>Geder Luiz Rocha Gomes</b>	A Substituição da Pena Privativa de Liberdade: Legitimidade e Adequação das Alternativas Penais	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
189	<b>Salomão Resedá</b>	A Aplicação do <i>Punitive Damage</i> nas Ações de Indenização Por Danos Morais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
190	<b>João Glicério de Oliveira Filho</b>	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	<b>Bianca da Silva Alves</b>	O Bem Jurídico-Penal Tutelado Pelo Crime de Utilização Ilegal de Células-Tronco Embrionárias Humanas (Art. 24 da Lei de Biossegurança)	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
192	<b>Priscila da Mata Cavalcante</b>	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
193	<b>Eugênio de Souza Kuschewsky</b>	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
194	<b>Luciano Lima Figueiredo</b>	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
195	<b>Cláudio dos Passos Souza</b>	Processo Administrativo Tributário: Possibilidade de Questionamento Judicial das Decisões Contrárias ao Estado	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Celso Luiz Braga de Castro, Roberto Ferraz	14/04/2008

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
196	<b>Erica Rusch</b>	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
197	<b>Miguel Calmon Teixeira Branco</b>	Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Proteção do Estado Social enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito	Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, André Ramos Tavares	17/04/2008
198	<b>Adrienne Mônica Oliveria Souza</b>	Auditorias Operacionais: Controle Substancial da Gestão Pública pelas Tribunais de Contas	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, André Ramos Tavares	17/04/2008
199	<b>Valdir Ferreira de Oliveira Júnior</b>	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José C. Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
200	<b>Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho</b>	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
201	<b>Manoel Carlos de Almeida Neto</b>	O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: à Luz da Jurisprudência do STJ	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
202	<b>Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar</b>	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	23/08/2008
203	<b>Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz</b>	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
204	<b>Juliana Pinheiro Damasceno e Santos</b>	Fundamentos Criminológicos e Repercussões Dogmáticas da Proteção Jurídica da Ordem Econômica nas Bases do Direito Penal Liberal: Uma Análise à Luz dos Crimes de Colarinho-Branco	Alessandra M. Rapassi, Washginton Luiz da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008
205	<b>Flora Augusta Varela Aranha</b>	Justiça Consensual e Meio Ambiente: Uma Análise à Luz do Termo de Ajustamento de Conduta	Heron J. de Santana Gordilho, Maria Elisabete P. dos Santos, Manoel Jorge e Silva Neto	27/11/2008
206	<b>Alexandre Gentil Corte-Real de Araújo</b>	O Fortalecimento dos Poderes Locais na República Democrática de Timor Leste (Uma Nova Interpretação da Constituição da Rdtl/2002)	Saulo José Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Maria Auxiliadora Minahim	12/12/2008
207	<b>Laura Vasconcelos Neves da Silva</b>	As relações de trabalho rural nas usinas de cana-de-açúcar	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	09/01/2009
208	<b>Ana Carolina Fernandes Mascarenhas</b>	Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de conflitos	Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Jr, Daniel Francisco Mitidiero	30/01/2009
209	<b>Daniel Nicory do Prado</b>	Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	06/03/2009
210	<b>Roseli Rego Santos</b>	O atual Regime Brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa	Washginton Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Márcia Carla Pereira Ribeiro	16/03/2009
211	<b>Elayne Leal de Oliveira</b>	O direito Penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água	Heron J. de Santana Gordilho, Alessandra Rapassi Prado, Andreas Krell	27/03/2009

Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
212	<b>Nestor Nerton Fernandes Távora</b>	Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal	Freddie Didier Jr., Dirley da Cunha Júnior, Gustavo H. Ivahy Badaró	31/03/2009
213	<b>Roberto Lima Figueiredo</b>	A conformação principiológica do direito convivencial e seus reflexos patrimoniais	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Paulo Luiz Netto Lobo	03/04/2009
214	<b>Urbano Félix Pugliese do Bomfim</b>	Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal	Alessandra Rapassi, Maria Auxiliadora Minahim, Claudio Alberto Guimarães	08/04/2009
215	<b>Thiago Batista Freitas</b>	Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Maria Lígia Coelho Mathias.	13/04/2009
216	<b>Maurício de Melo Teixeira Branco</b>	Acesso ao crédito trabalhista como direito fundamental e a Lei brasileira de Falências e Recuperação de empresas	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Sérgio Torres Teixeira	17/04/2009
217	<b>Gustavo Cunha Prazeres</b>	Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, Francisco de Queiroz B. Cavalcanti	20/04/2009
218	<b>Tangre Paranhos Leite Oliveira</b>	Tensão entre o público e o privado: função social da propriedade na Avenida Paralela	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela L. Cavallazzi	24/04/2009
219	<b>Flávio Faça Daltro</b>	Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiana Menezes Castro	29/04/2009
220	<b>Vinicius Cardona Franca</b>	Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmiento Lins Júnior	15/05/2009
221	<b>Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo</b>	O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Jacinto N. de Miranda Coutinho	06/07/2009
222	<b>Tercio Roberto Peixoto</b>	A negociação coletiva e a extinção compulsória do contrato de trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	21/08/2009
223	<b>Matheus Ferreira Bezerra</b>	A quebra da patente de medicamentos como instrumento de realização de direitos	Jonhson Meira Santos, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Lígia Coelho Mathias	26/08/2009
224	<b>Nadialice Francischini de Souza</b>	O desmistificar da aplicação do princípio da vulnerabilidade	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Edivaldo Machado Boaventura	28/08/2009
225	<b>Vanessa Vieira Pessanha</b>	O acesso à educação como requisito para efetivar o direito fundamental ao trabalho	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Edivaldo Machado Boaventura	02/09/2009
226	<b>Bernardo Silva de Lima</b>	A arbitralidade de dano ambiental e o seu ressarcimento	Ana Paula Mota Costa e Silva, Freddie Didier Júnior, Carlos Alberto Carmona	03/09/2009
227	<b>Taciana Palmeira Andrade</b>	Doação de órgãos <i>post mortem</i> : a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário dos seus órgãos	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009
228	<b>Ana Maria Maciel Bittencout Passos</b>	Direito à filiação e inseminação <i>post mortem</i> ; uma solução à luz do direito positivo brasileiro.	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
229	<b>Adilson Cunha Silva</b>	As tecnociências e o redimensionamento da responsabilidade civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Roberto Freitas Filho	01/10/2009
230	<b>Agenor de Souza Santos Sampaio Neto</b>	Considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual da questão do Código de Defesa do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Paulo César Santos Bezerra, Jorge Aliomar B.Dantas	01/10/2009
231	<b>Osmir Antonio Globekner</b>	A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos	Dirley da Cunha Júnior, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
232	<b>Thaís Bandeira Oliveira</b>	Lavagem de capitalis (dis)funções político-criminais no seu combate	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
233	<b>Fábio de Oliveira Cordeiro</b>	Controle jurisdicional de políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
234	<b>Edval Borges da Silva Segundo</b>	Conteúdo e aplicabilidade do princípio do juiz natural	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
235	<b>Matheus Barreto Gomes</b>	Precedentes judiciais legitimação pelo procedimento	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
236	<b>Marcos de Aguiar Villas Boas</b>	<i>In dubio pro contribuinte</i>	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Eurico de Santi	09/10/2009
237	<b>Fábio Roque da Silva Araújo</b>	O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
238	<b>Fernanda Ravazzano Azevedo Lopes</b>	O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressociação: a resposta garantista à manipulação da linguagem	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
239	<b>Claúdio Azevedo da Cruz Oliveira</b>	Integração Sul-Americana (entre a efetivação dos direitos humanos e a construção de uma dinâmica comunitária)	Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, André de Carvalho Ramos	14/11/2009
240	<b>Ana Thereza Meireles Araújo</b>	A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	24/11/2009
241	<b>Tagore Trajano de Almeida Silva</b>	Animais em juízo	Heron José de S. Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Fábio Correa S. de Oliveira	30/11/2009
242	<b>Carmem Lúcia Costa Brotas</b>	Patentes de células-tronco: uma abordagem jurídica e bioética	Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Vicente de Paulo Barreto	08/02/2010
243	<b>Victor Insali</b>	A proteção dos direitos e liberdades fundamentais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Carlos Roberto Sanchez Milani	26/02/2010
244	<b>Cláudia Albagli Nogueira</b>	O papel do discurso jurídico no direito pós-positivista: breve análise de decisões do STF	Nelson Cerqueira, Ricardo Maurício F. Soares, Willis Santiago Guerra Filho	08/03/2010
245	<b>Iuri Vasconcelos Barros de Brito</b>	Responsabilidade civil do juiz por dano decorrente da atividade jurisdicional	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	24/03/2010

Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
246	<b>Anderson George de Lima Casé</b>	Impossibilidade de dano moral às pessoas jurídicas	Roxana C. Brasileiro Borges, Washington Luiz da Trindade, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
247	<b>Maurício Requião de Sant'ana</b>	Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações	Roxana C. Brasileiro Borges, Fredie Didier Júnior, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
248	<b>Sabrina Dourado França Andrade</b>	Julgamento liminar de mérito nas demandas repetitivas	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	19/04/2010
249	<b>Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes</b>	O direito do trabalho e sua função protetiva na contemporaneidade: da necessidade de (re)definição em face das novas relações de trabalho	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Flávia Moreira Guimarães Pessoa	19/04/2010
250	<b>Elma Marília Vieira de Carvalho</b>	Disciplina jurídica da cláusula de permanência nas relações trabalhistas	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Sérgio Torres Teixeira, Flávia M. Guimarães Pessoa	19/04/2010
251	<b>Lise Nery Mota</b>	Tutela específica dos direitos da personalidade	Fredie Didier Júnior, Mônica Neves Aguiar da Silva, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
252	<b>Rafael Santos de Oliveira</b>	Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido	Fredie Didier Júnior, Rodolfo Pamplona Filho, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
253	<b>Valnei Mota Alves de Souza</b>	Ação coletiva de desapropriação para fins de reforma agrária – instrumento concretizador dos direitos sociais do trabalhador rural	Dirley da Cunha Júnior, Washington Luiz da Trindade, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
254	<b>Caê Matos Teixeira de Almeida</b>	Direito a um serviço público judiciário adequado	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
255	<b>Pedro Germano dos Anjos</b>	Controle jurisdicional do orçamento – planejamento orçamentário e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
256	<b>Lucas Rego Silva Rodrigues</b>	Participação e legitimidade do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano: contribuições à luz do princípio do discurso da teoria do direito de Habermas	Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Raymundo Juliano Feitosa	24/04/2010
257	<b>Vicente da Cunha Passos Júnior</b>	A tutela jurídica contra o superendividamento como aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de crédito	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Prof. Paulo Luiz Netto Lobo	30/04/2010
258	<b>Clara Cardoso Machado</b>	Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento	Manoel Jorge e Silva Neto, Dirley da Cunha Júnior, Sandra Regina Martini Vial	13/08/2010
259	<b>Luana Paixão Dantas do Rosário</b>	A legitimidade da função política do poder judiciário na democracia constitucional: uma concepção orientada à concretização dos direitos fundamentais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo M. Freire Soares, Walber de Moura Agra	23/09/2010
260	<b>Vanessa Lima Bacilieri de Oliveira</b>	Relativização da impenhorabilidade dos bens de família para a satisfação de créditos trabalhistas	Edilton Meireles, Paulo César Santos Bezerra, Sérgio Torres Teixeira	14/10/2010
261	<b>Luiz Carlos de Assis Júnior</b>	Responsabilidade civil decorrente da contaminação de pessoas por agentes tóxicos: indenizando pelo risco de patologia futura	Rodolfo Pamplona Filho, Roxana C. Brasileiro Borges, Giselda Maria F. N. Hionaka	18/11/2010

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
262	<b>Daniela Carvalho Portugal</b>	As Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional: as Perspectivas da Legalidade, Eficiência e Política Criminal	Saulo José Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, Petilda Serva Vazquez	22/01/2011
263	<b>Lizianni de Cerqueira Monteiro</b>	Princípios Constitucionais e Medida de Segurança Criminal	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão	26/01/2011
264	<b>Társis Silva de Cerqueira</b>	O Julgamento dos Recursos Repetitivos nos Tribunais Superiores: Uma Nova Leitura do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	Ricardo Maurício F. Soares, Fredie Didier Júnior, Margareth Vetus Zaganelli	11/02/2011
265	<b>Marcos Sampaio de Souza</b>	O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais no Constitucionalismo Brasileiro	Ricardo Maurício F. Soares, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Jr.	18/02/2011
266	<b>Danilo Gonçalves Gaspar</b>	A Crise da Subordinação Jurídica Clássica Enquanto Elemento Definidor da Relação de Emprego e a Proposta da Subordinação Potencial	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Jorge Luiz Souto Maior	18/03/2011
267	<b>Renato de Magalhães Dantas Neto</b>	Negociação Coletiva de Trabalho Com o Estado: da Teoria À Prática	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Jorge Luiz Souto Maior	18/03/2011
268	<b>Davi Castro Silva</b>	A Teoria dos Direitos Fundamentais e o Bem Jurídico Penal. Análise da Vinculação da Teoria do Bem Jurídico Penal À Constituição Com Fundamento na Dogmática dos Direitos Fundamentais.	Sebastian Borges A. Mello, Rodolfo Pamplona Filho, Yuri Carneiro Coelho	25/03/2011
269	<b>Dejair dos Anjos Santana Júnior</b>	O Combate as Omissões Constitucionais À Luz dos Direitos Fundamentais e das Novas Tendências Hermenêuticas	Ricardo Mauricio F. Soares, Manoel Jorge e Silva Neto, Gustavo Justino de Oliveira	01/04/2011
270	<b>Leonardo Dias da Silva Telles</b>	A Boa-Fé Objetiva nos Contratos Benéficos.	Washington Luiz da Trindade, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Nelson Mannrich	01/04/2011
271	<b>Lucas Andrade Pereira de Oliveira</b>	O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição no Processo do Trabalho.	Wilson Alves de Souza, Edilton Meireles, Francisco Gerson Marques de Lima	08/04/2011
272	<b>Karin Almeida Weh de Medeiros</b>	Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Regina Helena Costa	15/04/2011
273	<b>Claudio Dias Lima Filho</b>	Motivação e Processualização na Dispensa dos Empregados Estatais	Dirley da Cunha Junior, Rodolfo Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior	15/04/2011
274	<b>Ailton Schramm de Rocha</b>	O Acesso a Medicamentos Por Intermédio de Decisões Judiciais	Dirley da Cunha Junior, Ricardo Mauricio F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	15/04/2011
275	<b>Andrea Carvalho de Brito</b>	A Boa-Fé Objetiva Como Critério Delimitador do Abuso do Direito na Teoria Contratual Contemporânea	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Luiz Netto Lobo	15/04/2011
276	<b>Lorena Miranda Santos Barreiro</b>	Fundamentos Constitucionais do Modelo Processual Cooperativo no Direito Brasileiro	Fredie Didier Júnior, Paula Mota da Costa e Silva, Daniel Francisco Mitidiero	03/05/2011
277	<b>Felipe Ventin da Silva</b>	A Tutela Preventiva dos Direitos de Personalidade e a Liberdade de Informação Jornalística	Roxana Cardoso B. Borges, Mônica Neves Aguiar da Silva, Renan Lotufo	05/05/2011



Dissertações defendidas (1980-2011.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
278	<b>Eduardo Cabral Moraes Monteiro</b>	A Elisão Tributária Como Direito Fundamental do Contribuinte.	Edvaldo Pereira de Brito, Heron José de Santana Gordilho, George Sarmento Lins Júnior,	05/05/2011
279	<b>Cynthia de Araújo Lima Lopes</b>	Ação Civil Pública e o Controle das Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	Wilson Alves de Souza, Saulo José Casali Bahia, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
280	<b>Laura Scaldaferrri Pessoa</b>	Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito À Morte Digna	Mônica Neves Aguiar da Silva, Sebastian Borges A. Mello, Alice Corrente Zaranti Soares Lotufo	06/05/2011
281	<b>Marcelo Pinto da Silva</b>	O Princípio da Vulnerabilidade e o Direito À Intimidade Genética nas Relações de Consumo e de Emprego no Brasil.	Mônica Neves Aguiar da Silva, Heron José de Santana Gordilho, Renan Lotufo	06/05/2011
282	<b>Maria Soledade Soares Cruzes</b>	O Sincretismo do Processo Civil Brasileiro: Análise da Viabilidade de Um Processo Único Multifuncional Sob a Perspectiva do Direito Fundamental À Tutela Jurisdicional Efetiva	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
283	<b>Fabiano Cavalcante Pimentel</b>	Tutela Antecipada do Processo de Revisão Criminal	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
284	<b>Gilson Alves de Santana Junior</b>	A Restrição Ao Ambiente Argumentativo Processual no Direito Brasileiro: Uma Releitura do Princípio da Razoável Duração do Processo	Ricardo Mauricio F. Soares, Dirley da Cunha Júnior, Artur Stamford da Silva	06/05/2011
285	<b>Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e Silva</b>	Reprodução Assistida Entre Mulheres Homossexuais	Heron José de Santana Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Alice Corrente Zaranti Soares Lotufo	06/05/2011
286	<b>Tiago Bockie de Almeida</b>	O Controle Pleno do Ato Administrativo Disciplinar Pelo Poder Judiciário	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
287	<b>Tiago Leal Ayres</b>	A Boa-Fé Objetiva Como Vetor de Indicação do Princípio da Moralidade Administrativa: Nova Perspectiva de Controle da Administração Pública	Celso Castro, Heron José de Santana Gordilho, Walber de Moura Agra	07/05/2011
288	<b>Roberto Mizuki Dias dos Santos</b>	A Segurança Pública Integrada Ao Mínimo Existencial no Direito Brasileiro Enquanto Medida Necessária Para Sua Efetivação Pelo Poder Judiciário	Celso Castro, Heron José de Santana Gordilho, Walber de Moura Agra	07/05/2011
289	<b>Ciro de Lopes e Barbuda</b>	Sistematização Principiológica do Direito Autoral: Repensando os Fundamentos da Ordem Jusautoralista Brasileira na Perspectiva de Um Direito Autoral-Constitucional	Roxana Cardoso B. Borges, Fredie Souza Didier Júnior, Luiz Gonzaga Silva Adolfo	09/05/2011
290	<b>Marcelo Timbó Nilo</b>	Fonograma e Direito de Propriedade. a Nova Tutela Jurídica de Bens Imateriais Transmissíveis Pela Internet.	Roxana Cardoso B. Borges, Fredie Souza Didier Júnior, Luiz Gonzaga Silva Adolfo	09/05/2011
291	<b>Oswaldo Almeida Neto</b>	A Presunção de Causalidade na Responsabilidade Civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Lucas Abreu Barroso	10/05/2011
292	<b>Tatiane Ribas Pinto</b>	Limites Impostos Pela Bioética e Pelo Direito Brasileiro À Manipulação Genética na Reprodução Humana	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	13/05/2011

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
293	<b>Ivana de Oliveira Fraga</b>	O Conteúdo Jurídico do Conceito de Beneficência Escrita a Partir da Experiência Neo-Eugênica: do Limite Entre Técnicas Terapêuticas e Reprodutivas e Práticas Eugênicas da Espécie Humana.	Monica Neves Aguiar da Silva, Alexandre Sérgio da Rocha, Valéria Silva Galdino Cardin	13/05/2011
294	<b>Guilherme Guimaraes Ludwig</b>	A Aplicação do Princípio da Eficiência na Atividade Jurisdicional Como Decorrente do Novo Papel do Poder Judiciário	Celso Luiz Braga de Castro, Rodolfo Pamplona Filho, José Roberto Freire Pimenta	13/05/2011
295	<b>Renata de Moura Miranda</b>	Responsabilidade Civil Por Dano Moral Coletivo e Suas Implicações no Direito do Trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Cláudio Luiz Bueno de Godoy	13/05/2011
296	<b>Ícaro de Souza Duarte</b>	O Reconhecimento do Direito de Informação na Negociação Coletiva Como Decorrente da Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva	Rodolfo Pamplona Filho, Edilton Meireles, Nelson Mannrich	13/05/2011
297	<b>Reinaldo Santos de Moraes</b>	A Teoria do "Menor Maduro" e Seu Exercício nas Questões Referentes à Vida e à Saúde: Uma Apreciação da Situação Brasileira	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Luiz Paulo Cotrin Guimarães	13/05/2011
298	<b>Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda</b>	Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho	Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo José Casali Bahia, Marcelo Figueiredo Santos	13/05/2011
299	<b>Alexandre Montanha de Castro Setúbal</b>	Aspectos Interdisciplinares e Jurídico-Trabalhistas do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa	Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo José Casali Bahia, Marcelo Figueiredo Santos	13/05/2011
300	<b>Juliana Campos de Oliveira</b>	Autonomia do Direito Ambiental: Necessidade da Sua Obrigatoriedade no Ensino Jurídico Brasileiro Ante a Sociedade de Risco	Heron José de Santana Gordilho, Maria Auxiliadora Minahim, André Alves Portella	13/05/2011
301	<b>Charles Silva Barbosa</b>	Dimensões do Mínimo Existencial: Atuação Jurisdicional e Proteção da Essência da República.	Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo José Casali Bahia, Marcelo Figueiredo Santos	13/05/2011
302	<b>Edson Sacramento Tiny das Neves</b>	O Novo Paradigma de Direitos Humanos em Matéria de Extradicação no Supremo Tribunal Federal: Um Estudo de Caso	Saulo José Casali Bahia, Sebastián Borges de A Mello Yuri Carneiro Coelho	01/07/2011
303	<b>Abelardo Sampaio Lopes Neto</b>	O Direito Fundamental à Livre Constituição e Dissolução de Sociedades Empresárias	Rodolfo Pamplona Filho, Celso Luiz Braga de Castro, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira	13/10/2011
304	<b>Marta Freire Mehmeri</b>	A Aplicação do Princípio do Não Retrocesso Social na Doutrina e na Jurisprudência do Ordenamento Jurídico Brasileiro	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	14/10/2011
305	<b>Augusto Santos Mascarenhas</b>	Responsabilidade Administrativa Ambiental: Natureza Objetiva e Sistemática de Reparação do Dano	Celso Luiz Braga de Castro, Rodolfo Pamplona Filho, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira	21/10/2011
306	<b>Tiago Silva de Freitas</b>	O Direito à Memória no Sistema Jurídico Brasileiro: Uma Proposta de Reformulação do Discurso Jurídico-Político sobre o Regime Militar do Período de 1964-1985	Ricardo Maurício F. Soares, Dirley da Cunha Júnior, Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes	16/12/2011

## TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS

Nº	DOCTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	<b>Flávia Moreira Guimarães Pessoa</b>	Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: uma Proposta de Tratamento Jurídico	Rodolfo Mário Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008
02	<b>Ricardo Maurício Freire Soares</b>	O discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior, Fernando Dantas	23/08/2008
03	<b>Johnson Barbosa Nogueira</b>	Limitações Dogmáticas das Prestações Pecuniárias Devidas pelos Administrados em Razão de Serviços Públicos	Paulo Roberto L. Pimenta, Sacha Calmon N. Coelho, Souto Maior Borges, Washington Luiz da Trindade, Edvaldo Pereira de Brito	20/10/2008
04	<b>Sebastian Borges de Albuquerque Mello</b>	O Conceito Material de Culpabilidade – O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Brandão, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Alessandra M. Prado	22/10/2008
05	<b>Marco Aurélio de Castro Júnior</b>	Cidadania Robótica Personalidade Jurídica do Robô	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Saulo Casali Bahia, Heron José de Santana Gordilho, Aires José Rover, Luiz A. Magalhães Pontes	24/4/2009
06	<b>Deraldo Dias de Moraes Neto</b>	A questão da efetividade das políticas Públicas (extrafiscalidade de tributos e, cobrança da água na preservação dos recursos, hídricos no Estado, Democrático de Direito	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Heron José de Santana Gordilho, Dirley da Cunha Júnior, João B. Leopoldino da Fonseca, Raimundo Juliano Feitosa	30/04/2009
07	<b>Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos</b>	Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam	Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo M. V. Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior, Paulo Antonio Carvalho Fortes	18/12/2009
08	<b>Yuri Carneiro Coelho</b>	As teorias da conduta no Direito Penal: O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de garantia	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Nelson Cerqueira, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Roberto C. B. Brandão	03/05/2010
09	<b>Francisco Bertino Bezerra de Carvalho</b>	Jurisdição: Legitimação pela ação comunicativa com e para além de Habermas	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Daniel Tourinho Peres, Alexandre Sérgio da Rocha	03/05/2010
10	<b>César de Faria Júnior</b>	O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Ricardo Maurício Freire Soares, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Alberto G. Guimarães	31/08/2010

<b>Nº</b>	<b>DOUTORANDO</b>	<b>TESE</b>	<b>BANCA EXAMINADORA</b> (O primeiro nome é do Orientador)	<b>DATA DA DEFESA</b>
11	<b>Pedro Henrique Pedro- sa Nogueira</b>	Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais	Fredie Didier Júnior, Edilton Meireles, Ana Paula M. da Costa e Silva, Marcos Bernardes de Mello, Daniel Francisco Mitidiero	04/05/2011
12	<b>Tarsis Barreto Oliveira</b>	Pena e Racionalidade: A Função Comunicativa e Estratégica da Sanção Penal na Tipologia Habermasiana	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Sebastian Borges de A. Mello, Alexandre Sérgio da Rocha, Cláudio Alberto G. Guimarães	04/08/2011
13	<b>Karina Batista Sposato</b>	Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Sebastian Borges de A. Mello, Sérgio Salomão Checaira, Emílio Garcia Mendez	05/09/2011

**REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS  
NA REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA BAHIA – UFBA**

1. O trabalho encaminhado para publicação na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para a Revista PPGD, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Editor da Revista, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho pode ser enviado pelo correio eletrônico, para os endereços ppgd\_ufba@yahoo.com.br ou fredie@terra.com.br (no “Assunto”, fazer referência à Revista), ou por via postal, em arquivo gravado em CD, obrigatoriamente acompanhado de via impressa para a Faculdade de Direito – UFBA, Rua da Paz, s/nº, Graça, Salvador/BA (CEP 40.150-140) em atenção ao Conselho Editorial da Revista PPGD/UFBA.
3. O trabalho deverá ter até 30 laudas. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm . O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e e-mail, e autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em inglês, e de um Sumário.
7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em inglês).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Editor da Revista. Após essa primeira seleção, o trabalho será submetido a uma dupla avaliação cega, feita por avaliadores externos avulsos. Os trabalhos não aprovados serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
11. O trabalho apresentado pelos professores e alunos do PPGD-UFBA deve estar relacionado ao grupo de pesquisa de que fazem parte. A relação entre o trabalho e o respectivo grupo de pesquisa deve ser referida em nota de rodapé, logo no início do texto.
12. O trabalho deve estar inserido em uma das linhas de pesquisa do PPGD-UFBA: a) Constituição, Estado e direitos fundamentais; b) Teoria do Processo e tutela dos direitos; c) Limites do discurso jurídico; d) Fundamentos do direito privado; e) Aspectos jurídicos da Bioética; f) Relações de trabalho na contemporaneidade.